Der Surrogatbegriff des § 281 BGB.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau,

vorgelegt von

Referendar Richard Schindler
in Breslau.

/

1933.

Druck. Buchdruckerei E. Groeger, Habelschwerdt, Grafschaft Glatz.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter:
Professor Dr. Schott.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Vater!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543114_0105

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis

Einleitung. 1

Erster Teil.

Die Grundlagen des § 281 BGB.

Erstes Kapitel.

I. Das Surrogationsprinzip in anderen Rechten: 3
1. im römischen und gemeinen Recht, 3
2. im französischen und sächsischen Recht, 5

II. Die Vorarbeiten zum BGB.

Zweites Kapitel.

I. Der Grundgedanke des § 281 BGB. 8
1. Er ist nicht zu finden in der Lehre vom Eingriffserwerb Schulz's. 9
2. Die Vorschrift des § 281 ist kein Unterfall des Schadensersatzes. 10
3. Sie ist auch nicht das Gegenstück zur Vorteilsausgleichung. 10
4. Das Wesen des § 281 besteht in der Herbeiführung eines wirtschaftlich gerechtfertigten Ausgleichs vermittels des besonders gearteten Rechtsvorganges der schuldrechtlichen Surrogation. 11
5. Die Formulierung des Grundgedankens. 14

II. 1. Die gesetzestechnische Grundlage für die Durchführung der Surrogation. 15
2. Die Berechtigung der Bezeichnung „Surrogation". 17

III. Das Verhältnis des § 281 zum Schadensersatz, zur ungerechtfertigten Bereicherung, zu der sogenannten unechten Geschäftsführung ohne Auftrag und zu § 255 BGB. 18

Zweiter Teil.

Die Streitfragen über das Anwendungsgebiet des § 281 BGB. 21

Die Anwendung des § 281 ist strittig,

I. wenn die Unmöglichkeit herbeigeführt wird, 22

Seite

1. durch Rechtsgeschäft des Schuldners: 22
   a) Das BGB. macht keinen Unterschied zwischen dem commodum ex re und dem commodum ex negotiatione. 23
   b) Der rechtsgeschäftliche Erwerb ist „Ersatz". 24
   c) Das Rechtsgeschäft ist ein „Umstand". 28
   d) Der rechtsgeschäftliche Erwerb ist seinem ganzen Umfange nach „für den geschuldeten Gegenstand" erlangt. 32
2. durch Handlungen des Gläubigers. 34

II. wenn geschuldet wird: 36
   1. der Gebrauch bezw. die Nutzung einer Sache, 38
   2. eine Handlung oder Unterlassung. 41

III. wenn es sich um Gattungsschulden handelt. 45

IV. wenn durch Weitergabe des Besitzes der Anspruch des Eigentümers aus § 985 entfällt. 48

Schluß. 54

Literaturverzeichnis.

Becker: Privatlieferung, Kriegslieferung und § 281 BGB. (JW. 15, 182 ff.).

Beyer: Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1905.

Bundschuh: Anwendbarkeit und Anwendung des § 281 BGB. auf Gattungsschulden, insbesondere bei der kriegsrechtlichen Beschlagnahme. (DJZ. 15, 992 ff.).

Cosack: Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts I. Bd. 8. Aufl. 1927.

Dernburg: Pandekten 3. Aufl. 1892, 5. Aufl. 1897, 8. Aufl. 1912.

Dölle: Eigentumsanspruch und Ersatzherausgabe in Festgabe für das RG. Bd. III S. 22 ff.

Eckstein: Der Untergang der Obligationen durch Unmöglichkeit, Leistungserschwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung. (Arch. Bürg. Recht 37, 390 ff.).

Felixbrodt: Das Gläubigerrecht in § 281 BGB. Diss. Greifswald 1918.

Fischer, H. A.: Bereicherung und Schaden in der Festschrift für Zitelmann. 1913.

Fischer, Otto: Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften in Abhandlg. zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs Bd. 23, 2. Heft. 1912.

Flach: Die Anwendung der §§ 281 und 283 BGB. auf den dinglichen Herausgabeanspruch des § 985 BGB. Diss. Frankfurt a./M. 1928.

Fuchs: Zur juristischen Neuorientierung JW. 17, 323 ff.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch II. Bd. 1912.

Hansmann: Das Recht des Gläubigers auf das sogenannte stellvertretende commodum nach § 281 BGB. Diss. Breslau 1922.

Haymann: Zuwendung aus fremden Vermögen. Iherings Jahrb. 77, S. 188 ff.

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts. Bd. I u. II. 1932.

Heinsheimer: Die Zivilgesetze der Gegenwart. Bd. I. Frankreich Code Civil 1932.

Heumann: Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9. Aufl. 1926.

Isay: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1900.

Ihering: Abhandlungen aus dem römischen Recht: Inwieweit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben? 1844.

Kaskel-Dersch: Arbeitsrecht 1932

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1900.

„ Besprechung von Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem deutschen bürgerlichen Recht. In der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. VIII 1903.

Kluckhohn: § 281 BGB. und die Getreide- und Lebensmittelbeschlagnahme. (JW. 15, S. 1222 ff.).

Kreß: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. 1929.

Krückmann: Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. Iherings Jahrb. 57, 1 ff. und 59, 20 ff.

Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II. 1899.

Laband: Zum 2. Buch des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Arch. Ziv. Prax. 73, 161 ff.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

Lehmann: Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. 1906.

Lehmann: Die Kriegsbeschlagnahme als Mittel der Organisation der Rohstoff- und Lebensmittelversorgung. 1916.

Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches im systematischen Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. 1929.

Loomann: Der Grundsatz der Surrogation nach § 281 BGB. Diss. Göttingen 1923.

Löwenwarter: Ist § 281 bei den durch Krieg beeinflußten Lieferungsverträgen anwendbar? (JW. 15, 111).

Lungershausen: Die Streitfragen des § 281 BGB. Diss. Breslau 1923.

Mommsen: Erörterungen über die Regel commodum eius esse debet, cuius periculum est 1859.

Mühlenbruch: Über die s.g. juris und facti universitates. Arch. Ziv. Prax. 17, 321 ff.

Neukamp: Die Wirkungen der staatlichen Beschlagnahme, der Enteignung, des Kontrahierungszwanges und der Kriegslieferungen auf bestehende Lieferungsverträge. Gruch. 59, 767 ff.

Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. II. Buch, 1. Abtlg. 1928, 2. Abtlg. 1929.

„ Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatz im römischen und im deutschen bürgerlichen Recht. 1900.

„ Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten in Berliner Festg. für Dernburg. 1900.

„ Ist der Anspruch auf Ersatzherausgabe (BGB. § 281) auf dingliche Ansprüche anwendbar? JRdsch. 31, 1 ff.

Rabel: Unmöglichkeit der Leistung, eine kritische Studie zum BGB. in Festschrift für Bekker. 1907.

„ Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht in Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. II. 1911.

Römer: Ist § 281 BGB. auf das durch Rechtsgeschäft erlangte Entgelt anwendbar? Arch. Ziv. Prax. 119, 293 ff.

Rust: Die Erlangung der Surrogation aus § 281 BGB. Breslauer Diss. 1922.

Schollmeyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1900.

Schulz: Rückgriff und Weitergriff. 1907.

„ System der Rechte auf Eingriffserwerb. Arch. Ziv. Prax. 105, 1 ff.

Schwarz: Der Anspruch des Eigentümers gegen den nicht rechtwirksam verfügenden gutgläubigen Nichtberechtigten. Diss. Tübingen 1930.

Seefried: Der § 281 BGB. eine historisch dogmatische Studie zum BGB. Diss. München 1905.

Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. II. 2. Aufl. 1861, 3. Aufl. 1868.

Starke: Kriegsgewinne auf Grund von Beschlagnahmen. JW. 15, 561 ff.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. I. 12. u. 13. Aufl. 1926.

Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.

„ Besprechung von Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. für das Deutsche Reich in Kritischer Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. IX. 1904.

v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. 1910. Bd. II, 1 1914 Bd. II, 2 1918.

Waller: „Surrogation". Eine Studie aus dem modernen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der juristischen Bedeutung des Problems der Einheit und der Identität. Diss. Bonn 1904.

Wassermann: Privatlieferung und Kriegslieferung. JW. 14 1005, JW. 15, 71.

Weiser:	Das Verhältnis zwischen Eigentümer und Nichtberechtigtem bei ursprünglich unwirksamen Verfügungen. Diss. Köln 1927.
Werneburg:	Zur Anwendung des § 281 BGB. bei Unmöglichkeit der Leistung wegen Beschlagnahme. LZ. 16, 1086 ff.
Windscheid:	Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II. 3. Aufl. 1870. 5. Aufl. 1879. 8. Aufl. 1900. (Kipp), 9. Aufl. 1906. (Kipp).
Wunderlich:	Die Anwendung des § 323 BGB. im Falle der Beschlagnahme. LZ. 15, 1488.
Zachariä-Crome:	Handbuch des französischen Zivilrechts. Zivilrechts. 8. Aufl. 1894.
Planck-Siber:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. II, 1 1914.
RGRK.:	Bd. I. 7. Aufl. 1929. Bd. II. 7. Aufl. 1930. Bd. III, 7. Aufl. 1929.
Staudinger:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zum Einführungsgesetz. Bd. I 1929. Bd. II, 1 7. u. 8. Aufl. 1912. 9. Aufl. 1930. Bd. II, 2 1928. 9. Aufl. Bd. II, 3 1929. 9. Aufl. Bd. III, 1 1926. 9. Aufl.
Enneccerus-Lehmann:	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearbeitung 1930. 12. Bearbeitung 1932.

Einleitung.

Bei der Behandlung der Folgen der Unmöglichkeit im BGB. nimmt die Vorschrift des § 281 eine besondere Stellung ein. Nach ihrem Vorbilde in anderen Rechten, ihrer Entstehungsgeschichte und ihrem Inhalt tritt sie aus dem Rahmen der §§ 275 ff. BGB. heraus. Andererseits ist sie in die Systematik des BGB. so eingebaut, daß sie nicht als Fremdkörper empfunden wird. Aber trotz ihrer Eigenart ist sie in der Literatur früher fast überhaupt nicht behandelt worden. Auch in der Praxis spielte § 281 BGB. in den ersten 15 Jahren der Geltung des BGB. keine Rolle.

Dieser Zustand änderte sich mit einem Schlage im Weltkriege. Während dieser Zeit der Zwangswirtschaft kam es häufig vor, daß bereits verkaufte Waren beim Verkäufer beschlagnahmt wurden und abgeliefert werden mußten. Es stand dann regelmäßig zur Entscheidung, wem der vom Staate gezahlte Preis gebühre. Man zog § 281 BGB. heran und sprach jenen dem Käufer zu. Gleichzeitig wurde die Anwendung dieser Vorschrift eine der am meisten behandelten Fragen der Kriegsliteratur.

Mit dem Abbau der Kriegswirtschaft schien auch § 281 BGB. wieder in Vergessenheit zu geraten. Er lenkte aber von neuem die Aufmerksamkeit auf sich, als das Reichsgericht in Bd. 105, S. 84 ff. und Bd. 115, S. 31 ff. zur Entscheidung der wichtigen Frage, ob der Schuldner auch den durch Rechtsgeschäft erlangten Gegenwert bei Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung herauszugeben habe, diese Vorschrift heranzog und ihre Anwendbarkeit bejahte. Damit hat das Reichsgericht ihr ein weites Anwendungsfeld eröffnet. Es hat aber nicht dazu Stellung genommen, ob § 281 BGB. nur gilt, wenn eine individuelle Sache geschuldet wird, oder ob auch dann, wenn es sich um Gattungsschulden handelt, wenn die Leistung von Diensten bezw. der Gebrauch einer Sache geschuldet wird, oder wenn eine Unterlassung Gegenstand des Vertrages ist.

Vom theoretischen wie vom praktischen Standpunkte aus dürfte es daher berechtigt sein, an die Untersuchung dieser Fragen heranzutreten und das Anwendungsgebiet des § 281 BGB. abzustecken. Dazu wird es erforderlich sein, die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der Bestimmungen ins Auge zu fassen. Dagegen kann von der rechtlichen Natur des gewährten Anspruches abgesehen werden.

Erstes Kapitel.

I.

§ 281 BGB. lautet: „Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.

Hat der Gläubiger Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so mindert sich, wenn er von dem im Absatz 1 bestimmten Rechte Gebrauch macht, die ihm zu leistende Entschädigung um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs".

Die Erörterung über das Anwendungsgebiet des § 281 BGB. hat mit der Klarstellung seines Sinnes zu beginnen. Den ersten Aufschluß darüber kann uns der Gesetzgeber selbst geben. Von welchen Voraussetzungen er ausging und welches Ziel er anstrebte, hat er in den Motiven und Protokollen zum BGB. angedeutet. Hier[1]) erklärt er, daß er die Grundlage des § 238 des ersten Entwurfs, der der Vorläufer des § 281 ist, im Surrogationsprinzip sehe. Jedoch sagt er nicht, was er darunter versteht, sondern weist nur in einer Anmerkung darauf hin, daß es im römischen Recht, im sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch § 960 und im code civil Art. 1302, 1303 anerkannt ist, und führt gleichzeitig dazu verschiedene Schriftsteller an. Da von der Kenntnis des Surrogationsprinzips das Verständnis des § 281 abhängt, müssen wir versuchen, aus den Quellen zu ermitteln, was wir uns unter diesem Prinzip vorzustellen haben, oder — was sich der Gesetzgeber darunter vorgestellt hat.

1.

Für die Regelung im römischen Recht beruft er sich auf Windscheid (II § 264 Note 6) und Sintenis Civilrecht (II § 106 Art. 49). Diese führen verschiedene Stellen aus dem Corpus iuris civilis an, die alle auf eine bestimmte Regel zurückgehen. Sie lautet: „Commodum eius esse debet, cuius periculum". Wir finden sie in dieser Form in den Institutionen. (§ 3 i. f. J. 3, 23). Sie kehrt in ähnlicher Fassung öfter wieder, z. B. ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur (L 22 § 3 C de furtis 6, 2); oder secundum naturam est,

[1]) *Mot. II, S. 46.*

commoda cuisque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda (L 10 D. de R. J. 50, 17).

Die in diesem Satze enthaltene Regel wurde mit größter Selbstverständlichkeit hingenommen und allgemein angewendet.[1]) Man fand bei ihr weder theoretische noch praktische Schwierigkeiten. Sie galt bei folgendem Tatbestand: Die Leistung des geschuldeten Gegenstandes wurde dem Schuldner unmöglich. Er erhielt an dessen Stelle durch dasselbe Ereignis, das die Unmöglichkeit verursachte, ein commodum. Wie aus dem cuius periculum zu ersehen ist, galt der Satz nur, wenn der Gläubiger die Gefahr trug, d. h. nur dann, wenn der Schuldner durch die Unmöglichkeit der Leistung frei wurde. Daher war Voraussetzung für die Anwendung der Regel, daß der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hatte. Es durfte ihn kein Verschulden treffen. Andernfalls wurde er nicht frei, sondern blieb zum Schadensersatze verpflichtet.[2]) Die Angelpunkte der Regel sah man also in der Gefahrtragung des Gläubigers und in der vom Schuldner nicht verschuldeten Unmöglichkeit.

Diesen Satz unterzieht Mommsen[3]) einer eingehenden Würdigung. Er stellt fest, daß er nur bei Schuldverhältnissen Anwendung findet, dagegen bei dinglichen Ansprüchen nicht gilt. Er findet weiter, daß das commodum verschiedener Natur sein kann.

1. Entweder es tritt neben dem ursprünglich geschuldeten Gegenstand — akzessorisches commodum —, oder
2. es tritt an die Stelle des eigentlichen Schuldgegenstandes stellvertretendes commodum.[4])

Je nach dem, ob das akzessorische oder stellvertretende commodum gemeint ist, ändert sich nach Mommsen auch die Bedeutung unserer Regel. Er führt für jede Art des commodums getrennte Untersuchungen durch und kommt dann für das stellvertretende commodum zu dem Ergebnis,[5]) daß „periculum" hier eine von dem allgemeinen Gedanken der Gefahrtragung abweichenden Sinn habe. Es komme nicht darauf an, wer im allgemeinen die Gefahr nachteiliger Ereignisse trage, sondern „wer in dem bestimmten konkreten Fall den Nachteil des speziellen Ereignisses" (S. 77) trage. Das spezielle periculum könne daher den Gläubiger auch dann treffen,

[1]) *Ihering S. 1. Mommsen S. 1.*

[2]) *Sintenis 3. Aufl. II § 106, S. 480 führt nur den Fall an, daß ein Dritter die Unmöglichkeit herbeigeführt und der Schuldner gegen ihn einen Schadensersatzanspruch hat.*

[3]) *a.a.O., S. 1 ff.*

[4]) *Diesen Fall hat § 281 BGB. im Auge.*

[5]) *S. 13 ff., 77 ff.*

wenn der Schuldner die Gefahr trage.[6]) Er will ferner dem Gläubiger den Anspruch auf den Ersatz geben, wenn der Schuldner in Bezug auf die Unmöglichkeit dolos ist.[7]) Die Regel gelte ebenso beim periculum culpae wie beim periculum casus.

Ferner unterschied man im Anschluß an Paulus zwischen commodum ex re und commodum ex negotiatione. Den Anlaß dazu gab folgende Paulusstelle: „nam si eundem servum tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero, mortuo eo videamus, ne nihil tibi debeam ex empto, quoniam moram in tradendo non feci (pretium enim hominis non ex re, sed propter negotiationem percipitur) et sic sit, quasi alii non vendidissem: tibi enim rem debeam, non actionem." (L 21 de her. vend. D 18, 4). Man verstand unter dem commodum ex re den Gewinn aus der Sache, unter commodum ex negotiatione, den Gewinn, den der Schuldner durch ein Rechtsgeschäft erlangte (commodum per negotiationem perceptum). Hier ging der Streit darum, ob unsere Regel auch das commodum ex negotiatione erfasse. Ob die Römer diese Frage bejahten, läßt sich nicht mit Sicherheit feststellen.[8])

Ganz anders war die dingliche Surrogation geregelt. Hier war naturgemäß kein Platz für die schuldrechtlichen Besonderheiten, nämlich für den Gedanken der Gefahrtragung und die Frage des Verschuldens. Die Verschiedenheit zeigte sich darin, daß bei der schuldrechtlichen Surrogation der Berechtigte nur einen obligatorischen Anspruch erlangte, ohne daß eine dingliche Rechtsänderung eintrat, während hier das Surrogat mit dinglicher Rechtswirkung in die Rechtsstellung eines anderen Gegenstandes einrückte. Während die Römer die dingliche Surrogation anscheinend nicht einheitlich durchgebildet hatten, gilt seit den Tagen der Postglossatoren[9]) die Regel: pretium succedit in locum rei et res succedit in locum pretii. Diese Regel läßt sich mit ihrem zweiten Halbsatz auf die Quellen zurückführen (L 22 und L 40 pr. D. 5, 3). Daneben besteht noch für die dingliche Surrogation der Satz: surrogatum sapit naturam eius, cui surrogatur.

2.

Der Gesetzgeber sagt weiter, daß das Surrogationsprinzip im code civil in den Artikeln 1302 und 1303 anerkannt ist. Art. 1302

[6]) *Windscheid-Kipp 9. Aufl. II § 327, S. 357.*

[7]) *S. 110.*

[8]) *Für das gemeine Recht vergl. Ihering S. 4 ff., 58 ff. Mommsen S. 107 ff.*

[9]) *Mühlenbruch S. 328 ff.*

lautet: „Lorsque le corps certain et déterminé, qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors du commerce ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure." („Wenn eine genau bestimmte Sache, die den Gegenstand der Verbindlichkeit bildete, zugrunde geht, außer Verkehr gesetzt wird oder dergestalt verloren geht, daß ihr Vorhandensein vollkommen unbekannt ist, so ist die Verbindlichkeit erloschen, falls die Sache, ohne Verschulden des Schuldners und ehe derselbe im Verzuge war, zugrunde oder verloren gegangen ist." [10])

Art. 1303 lautet: „Lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier." („Ist die Sache ohne Verschulden des Schuldners zugrunde gegangen, außer Verkehr gesetzt oder verloren gegangen, so ist derselbe gehalten, etwaige Rechte und Klagen auf Entschädigung hinsichtlich dieser Sache seinem Gläubiger abzutreten.") [10] Wie man im römischen Recht die Anwendung der Regel commodum eius esse debet, cuius periculum davon abhängig machte, daß den Schuldner kein Verschulden traf, so wird auch hier als Voraussetzung für den Herausgabeanspruch des Gläubigers ausdrücklich erwähnt, daß die Leistung ohne Verschulden des Schuldners unmöglich geworden sein muß.

Dagegen tritt bei § 960 des Sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches weder dieses Merkmal noch der Umstand, daß der Gläubiger die Gefahr tragen müsse, in Erscheinung. Er lautet: „Wer außerstande ist, den Gegenstand seiner Verpflichtung zu leisten, jedoch eine auf Erlangung dieses Gegenstandes gerichtete Forderung an einen Dritten hat, ist verpflichtet, diese seinem Gläubiger abzutreten."

II.

Wie der Wortlaut [1]) des § 238 erster Entwurf, der der Vorgänger des § 281 BGB. ist, erkennen läßt, hat der Gesetzgeber

[10]) *Nach Heinsheimer S. 407/8.*

[1]) *„Hat der Schuldner infolge des Umstandes, welcher ihn in Gemäßheit des § 237 von der Verpflichtung zur Leistung befreit hat, für den Gegenstand des letzteren einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt, so ist er verpflichtet, dem Gläubiger auf dessen Verlangen das als Ersatz Empfangene herauszugeben oder den Ersatzanspruch abzutreten.*

Die Vorschrift des ersten Absatzes findet auch dann Anwendung

wenn er vom Surrogationsprinzip spricht, offensichtlich die bekannte römischrechtliche Regel[2]) im Auge gehabt und an das stellvertretende commodum im Sinne Mommsens gedacht. Keineswegs kann man aber daraus den Schluß ziehen, daß er in dem Prinzip einen feststehenden Rechtssatz sieht, der in jener Regel eindeutig zum Ausdruck komme. Dagegen spricht einmal der Gebrauch des Wortes „Prinzip". Er redet ferner vom Surrogationsprinzip nicht nur an dieser Stelle, sondern auch an mehreren anderen und meint hier nicht die schuldrechtliche Surrogation, sondern die dingliche. Dazu kommt noch, daß diese Fälle nicht untereinander gleich sind, sondern voneinander abweichen.[3]) Er hat daher bei § 238 nicht dartun wollen, daß er hier unter dem Surrogationsprinzip eine bestimmte Rechtsfigur mit feststehenden Einzelheiten verstehe. Er kann darin nur einen Rechtsgedanken mit ganz allgemeinem Inhalt sehen, den man vielleicht mit „Ersetzung eines Gegenstandes durch einen anderen" wiedergeben kann. Daraus können wir folgern, daß die einzelnen Vorschriften, auch § 281, für ihn nicht das Surrogationsprinzip, sondern nur ein Ausfluß desselben sind, daß es sich nur um die Eingliederung unter einem höheren Gesichtspunkt handelt.

Diese Erkenntnis berechtigt uns dazu, den Ausführungen des Gesetzgebers in den Materialien und der von ihm getroffenen Regelung frei gegenüber zu treten.

Wir können zunächst aus § 238 erster Entwurf ersehen, daß die Verfasser des BGB. den Gedanken und die Ausgestaltung der schuldrechtlichen Surrogation unverändert aus dem römischen Recht übernehmen wollten. Sie hielten daran fest, daß der Ersatzanspruch davon abhängig sei, daß der Gläubiger die Gefahr trage und den Schuldner kein Verschulden treffen dürfe. Denn in § 238 ist ausdrücklich Bezug genommen auf § 237 erster Entwurf, der § 275 BGB. entspricht. Er bestimmt, daß der Schuldner bei nachträglicher Unmöglichkeit, die er nicht zu vertreten hat, frei wird.

---

wenn das Schuldverhältnis von einer aufschiebenden Bedingung oder von einem die Entstehung der Forderung aufschiebenden Anfangstermine abhängig war und die Leistung vor Eintritt der Bedingung oder des Termins unmöglich geworden ist.

[2]) *Es ist übrigens interessant, daß den Römern die Begriffe Surrogat, Surrogation in ihrer heutigen juristischen Bedeutung unbekannt waren. Subrogare bedeutet nach Heumann (Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechtes 9. Aufl. 1926) 1. ein Ergänzungsgesetz geben, 2. an Stelle einer Person eine andere setzen (wählen).*

[3]) *Vergl. Mot. IV S. 177 (§ 1370), S. 342 (§ 1440), S. 405 (§ 1473), S. 455 (§ 1486), S. 498 (§ 1524); V S. 583 (§ 2019), S. 109 (§ 2111).*

Laband [1]) legte demgegenüber dar, daß das Surrogationsprinzip eigentlich gar nichts mit der Befreiung des Schuldners wegen unverschuldeter Unmöglichkeit zu tun habe. Der Anspruch auf den Ersatz müsse dem Gläubiger erst recht zustehen, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit verschuldet habe.

Diese Anregung fand Eingang in die Kommission für die zweite Lesung. Ihr wurde ein Antrag vorgelegt, der eine neue Formulierung des § 238 Abs. 1 enthielt [5]) und den Zweck verfolgte, ihn für den Fall Gültigkeit zu verschaffen, daß der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Obwohl man Bedenken hatte, ob sich diese Erstreckung mit dem Gedanken der Surrogation vertrage, nahm man den Antrag an. Dementsprechend lautet dann im zweiten Entwurf § 237 Abs. 1, der an die Stelle des § 238 erster Entwurf trat: „Hat der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hat, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruches verlangen." Fast unverändert findet sich diese Bestimmung in § 281 BGB. wieder.

Durch diese Neuerung hat der Gesetzgeber bewußt [6]) den Bruch mit der bisherigen Auffassung über die schuldrechtliche Surrogation vollzogen.[7]) Er hat damit zum Ausdruck gebracht, daß er in ihr keine unabänderliche Rechtswahrheit [8]) erblicke.

Zweites Kapitel.

I.

Mit der Aufgabe des Gedankens, daß die Surrogation eine vom Schuldner nicht zu vertretende Unmöglichkeit notwendig voraussetze, ist das Surrogationsprinzip für das BGB. von Grund aus umgestaltet worden. Denn mit der eingeführten Neuerung ist auch dessen erstes und charakteristischstes Merkmal im römischen Recht weggefallen: die Gefahrtragung des Gläubigers. Sein Herausgabeanspruch ist nicht mehr dadurch bedingt, daß der Schuldner frei

[1]) *AZP. 73, 196.*

[5]) *Prot. I, 316.*

[6]) *Prot. I, 684: Es sei eine „sachliche Verschiedenheit, ob die ursprüngliche Leistung durch ein Verschulden des Schuldners unmöglich geworden sei, oder ob ein vom Schuldner zu vertretender Umstand nicht vorliege".*

[7]) *Römer S. 302. Kleineidam S. 115.*

[8]) *Hansmann S. 9.*

wird.[1]) Daher vollzieht § 281 eine vollkommene Abkehr von seinem Vorbild. Von dieser Feststellung werden wir ausgehen müssen, wenn wir zur richtigen Erkenntnis seines Wesens kommen wollen.

Über die Natur des § 281 sind verschiedene Ansichten entwickelt worden.

1.

Einen ganz eigenen Weg geht Schulz.[2]) Er sieht in § 281 einen Anwendungsfall seiner Lehre vom Eingriffserwerb. In ihr vertritt er das Prinzip: „Grundsätzlich darf niemand aus einem widerrechtlichen Eingriffe in ein fremdes Recht einen Gewinn machen."[3]) Der Eingreifer müsse daher diesen Eingriffserwerb an den Verletzten herausgeben. Dieser Lehre glaubt er nun § 281 eingliedern zu können. Der Eingreifer sei der Schuldner, der Verletzte der Gläubiger. Der Eingriff erfolge in das Schuldverhältnis.

Obwohl Schulz mehrfach auf Grund seiner Lehre zu richtigen Ergebnissen kommt, kann ihr in ihrer Gesamtheit nicht zugestimmt werden. Denn sie läßt sich nicht mit § 281 in Einklang bringen. Diese Vorschrift begreift viele Fälle, in denen man unmöglich den Schuldner als Eingreifer bezeichnen kann, z. B. der geschuldete Gegenstand geht durch Zufall unter, oder ein Dritter nimmt ihn weg oder zerstört ihn. Dann ist der Eingreifer doch nicht der Schuldner, sondern der Dritte, soweit man die Einwirkung auf das Schuldverhältnis durch einen Außenstehenden überhaupt für denkbar hält. Am deutlichsten zeigt sich die Unhaltbarkeit des Schulz'schen Prinzips, wenn der Gläubiger selbst die Unmöglichkeit herbeiführt.[4]) Dann ist er selbst der Eingreifer. Obwohl in diesen Fällen der Schuldner nicht Eingreifer ist, muß er trotzdem nach § 281 den Ersatz herausgeben. Seine Lehre ist unhaltbar.[5]) Er hat ihre Schwäche selbst empfunden und will die ihr anhaftenden Mängel dadurch beheben, daß er den Ausdruck Eingriff in einem sehr weiten

---

[1]) *Folgerichtig dürfte daher der Gesichtspunkt der Befreiung des Schuldners zur Begründung einer Entscheidung nicht mehr herangezogen werden.*

[2]) *Rückgriff und Weitergriff S. 2, 109 ff. System S. 5 ff., 28 ff., 427 ff., 443 ff.*

[3]) *System S. 443.*

[4]) *In diesem Falle will allerdings Schulz dem Gläubiger keinen Anspruch geben. System S. 6 Anm. 5.*

[5]) *Staudinger § 281, II, 3. Römer S. 361. Oertmann § 281, 1 sieht in der Lehre Schulz' verschiedene gute Gedanken, ohne sie in ihrem ganzen Umfange zu billigen.*

Sinne faßt.[6]) Von einem Eingriff könne man nicht nur reden, wenn ein Recht vernichtet werde, sondern auch schon, wenn in eine rechtliche Beziehung eingegriffen werde; ja es bedarf sogar „keines Bestreitens des fremden Rechts, keines Widerstandes gegen dieses, überhaupt keiner Handlung". Aber ein derartig weitgefaßter und daher völlig unbestimmter Begriff ist im Recht unbrauchbar.

2.

Kuhlenbeck vertrat in der 7./8. Aufl. des Kommentars[7]) von Staudinger die Ansicht, daß „zweifellos § 281 lediglich einen Anwendungsfall der Schadensersatzlehre" darstelle.[8])

Diese Meinung muß ebenfalls abgelehnt werden. Denn der Gläubiger erhält den Ersatz ohne Rücksicht darauf, ob die Voraussetzungen des Schadensersatzes auf seiner Seite vorliegen, z. B. auch dann, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Für diesen Fall bestimmt aber § 275 ausdrücklich, daß der Schuldner frei wird, also keinen Schadensersatz zu leisten hat. Weiter ist zu beachten, daß der Gläubiger nach der Schadensersatzlehre nicht mehr verlangen darf, als zur Deckung des Schadens erforderlich ist. Nach § 281 kann er aber den ganzen Ersatz beanspruchen ohne Rücksicht darauf, ob dessen Wert die Höhe des Schadens übersteigt, oder ob er überhaupt einen Schaden erlitten hat. Ja, er erhält ihn sogar dann, wenn er die Unmöglichkeit selbst verschuldet hat.[9])

3.

Andere[10]) wollen in der Surrogation des § 281 das Gegenstück zur Vorteilsausgleichung sehen. Sie lassen die Ausdehnung dieser Vorschrift auf die unverschuldete Unmöglichkeit als unwesentlich beiseite.[11]) Hier wie dort ergäben sich aus einem Umstand Nachteil und Vorteil. Wie dort der Gläubiger, der Schadensersatz fordert, müsse sich hier der Schuldner, der die Befreiung geltend macht, sämtliche Wirkungen eines Ereignisses, einschließlich der

[6]) *System S. 427 f., 447 f.*

[7]) *§ 281, 4 c.*

[8]) *Ebenso anscheinend z. Teil Korsch Arch. ziv. Prax. 114, 9.*

[9]) *Staudinger 9. Aufl. § 281, II, 3, § 324 I, 3 b aa β, Oertmann § 281, I und 7, § 324, 7. Kreß § 427 Anm. 6. Römer S. 365 f. RG. 111, 303.*

[10]) *Oertmann LZ. 15, 797 f., § 281, 1. Staudinger 7./8. Aufl. § 281, 4 c und 9. Aufl. § 281 am Anfang. RG. 88, 289.*

[11]) *RG. 88, 289.*

vorteilhaften, in Rechnung stellen lassen. Bei der Vorteilsausgleichung hat also der Gläubiger, der den Nachteil des Schadens anmeldet, auch den damit im Zusammenhang stehenden Vorteil gegen sich berücksichtigen zu lassen. Bei der Surrogation müsse der Schuldner, der sich auf die für das Gläubigervermögen nachteilige Befreiung beruft, auch den aus demselben Umstand erlangten Vorteil des Ersatzes dorthin überführen. Die Befreiung bezeichnet Oertmann [12]) als damnum cessans, den Ersatz als lucrum emergens.

Die Vertreter dieser Ansicht können die Parallele nur durchführen, weil sie den Fall der verschuldeten Unmöglichkeit ausschalten und damit übersehen, daß § 281 weder die Befreiung des Schuldners noch den Schaden des Gläubigers zum Ausgangspunkt nimmt. Darin liegt aber der Fehler. Denn die Vorschrift des § 281 in seiner heutigen Gestalt bringt das lucrum emergens nicht in Beziehung zum damnum cessans. Trotzdem ordnet sie die Herausgabe des Ersatzes an. Der Vergleich scheint überhaupt nicht möglich, da weder eine Ähnlichkeit mit der Vorteilsausgleichung, noch ein Gegensatz zu ihr vorhanden ist. § 281 ist ganz anders aufgebaut als sie. Diese geht davon aus, daß für den Gläubiger aus einem Ereignis Vorteil und Schaden fließen. Vorteil und Schaden stehen hier innerhalb eines Vermögens einander gegenüber. Ein Positivum steht neben einem Negativum. Wollte man die Parallele für § 281 anwenden, dann würde er im Falle der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit ein Negativum neben ein Negativum stellen. Damit wird die Unhaltbarkeit des Vergleichs deutlich. Dann wäre eher zu formulieren: § 281 setzt, wenn es der Gläubiger will, an Stelle eines Nachteils einen anderen. Aber diese Darstellung stimmt zunächst nicht für den Fall der unverschuldeten Unmöglichkeit. Sie stimmt vor allen Dingen jedoch deshalb nicht, weil § 281 vom Schaden absieht. Daher kann man sein Wesen nicht darin finden, daß er eine vorteilhafte Wirkung neben eine nachteilige setzt. Er stellt nicht zwei entgegengesetzte Größen nebeneinander, sondern eine gleichgeartete an Stelle einer anderen, er ordnet ihre Nachfolge an. Wir müssen es daher ablehnen, in § 281 ein Gegenstück zur Vorteilsausgleichung zu sehen.

4.

§ 281 ist ein Rechtsgebilde eigener Prägung. Daher kann sein Grundgedanke ebensowenig in Anlehnung an eine andere Rechtseinrichtung gewonnen werden, wie er dem römischen Recht entnommen werden darf. Er ist aus sich selbst heraus zu verstehen.

[12]) *Vorteilsausgleichung S. 205, vergl. Staudinger § 324 I, 3b aa β.*

Zur Erfassung seines Wesens dürfen wir aber nicht den Weg über die Materialien gehen. Hier (Mot. II S. 46) ist gesagt, er beruhe auf der berechtigten Unterstellung, daß der Parteiwille von Anfang an auf die Erlangung des Surrogates gerichtet gewesen sei. Die Pflicht, dieses herauszugeben, entspreche auch der Billigkeit. Auf diese Ausführungen greifen OLG. Hamburg[13]), RG.[14]) und Titze[15]) zurück und halten sie für richtig. Eine solche Unterstellung ist aber gewagt und widerspricht dem Regelfall.[16]) Der vermutete Parteiwille wird nicht vorliegen. Denn es ist nicht anzunehmen, daß die Parteien schon beim Abschluß des Vertrages mit der Unmöglichkeit der Leistung rechnen. Sonst würden sie den Vertrag nicht eingehen. Sie haben nicht an das Surrogat gedacht, ihr Wille ist nicht darauf gerichtet gewesen. Aus diesen Erwägungen ist es bedenklich, in der in den Motiven gemachten Unterstellung die Grundlage des Anspruches aus § 281 zu sehen. Wir müssen daher unabhängig von den Materialien seine Natur zu ergründen versuchen. Von Vorteil wird es sein, wenn wir dabei den Gegensatz zum römischen Recht hervorkehren.

Hier war der Angelpunkt das periculum des Gläubigers, seine Gefahrtragung. Nur wenn er die Gefahr trug, konnte er im gegebenen Falle das commodum verlangen. § 281 gibt ihm dagegen den Ersatzanspruch ohne Rücksicht auf diesen Umstand. Das römische Recht ging also von der Lage des Gläubigers, von der ihn treffenden Gefahr aus. § 281 läßt diesen Gesichtspunkt fallen.[17]) Er faßt die Stellung des Schuldners ins Auge[18]) und knüpft an den Umstand an, daß dieser einen Ersatz erlangt hat.[21]) Daraus macht das Gesetz dem Schuldner aber keinen Vorwurf.[19]) § 281 ist keine Strafbestimmung. Er beruht auf rein objektiven Erwägungen.[20]) Sein Grundgedanke geht ähnlich wie bei der ungerechtfertigten Bereicherung dahin, einen den wirtschaftlichen Beziehungen der Beteiligten entsprechenden Ausgleich zu schaffen. Er stellt die Vermögenslage her, die allein das wirtschaftliche Empfinden befriedigt, indem er im Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger den

---

[13]) *JW. 26, 2775.*
[14]) *JW. 28, 2016.*
[15]) *JW. 28, 2016; a. A. Unmöglichkeit S. 117 Anm. 35.*
[16]) *Kisch S. 198 Anm. 1. Titze Unmöglichkeit S. 117 Anm. 35. Schulz System S. 5 „klassische Phrase" a. A. Kleineidam S. 122.*
[17]) *Daher falsch RG. Gruch. 62, 787.*
[18]) *Oertmann § 281, 1. Schulz System S. 7, 445 f.*
[19]) *A. A. Schulz System S. 442 ff.*
[20]) *Kisch S. 94, RG. Gruch. 62, 786.*
[21]) *Römer S. 362.*

Gegenstand, den jener bei ordnungsmäßiger Erfüllung nicht erlangt hätte, dem Gläubiger zuspricht. Der Schuldner hat für den Leistungsgegenstand einen anderen als Ersatz erhalten. Die Aufgabe des erlangten Gegenstandes sieht das Gesetz darin, daß er im Vermögen des Schuldners die Stelle des geschuldeten Gegenstandes einnimmt. Diese Auffassungsweise entspricht durchaus der Anschauung des Lebens. Das ergibt sich z. B. aus dem Zwecke, den man mit dem Abschluß einer Schadensversicherung verfolgt. Man versichert sich nicht, um nach eingetretenem Schaden die von der Versicherung gezahlten Gelder in beliebiger Weise zu anderen Zwecken zu verwenden, sondern um mit ihrer Hilfe den weggefallenen Gegenstand zu ersetzen. Bezeichnenderweise wird ja auch bei den meisten Feuerversicherungen vertraglich festgelegt, daß das auszuzahlende Geld nur für den Aufbau des abgebrannten Hauses verwandt werden dürfe, und es wird nur soweit gezahlt, als der Bau fortschreitet. Wir finden eine solche Klausel nur natürlich. Bei einer freieren wirtschaftlichen Betrachtungsweise [22]) hat auch der für verkaufte Waren gezahlte Kaufpreis die Aufgabe, in die durch ihre Veräußerung entstandene Lücke einzuspringen. Daß er zweckgebunden ist, erkennt man aus der Vorstellung, die der kaufmännischen Ausdrucksweise „das Geld im Geschäfte lassen, aus dem Geschäfte ziehen" zugrunde liegt.

Wenn also der Ersatz an die Stelle der zu ersatzenden Sache treten soll, dann ist es auch billig, daß er dem Gläubiger zufällt. Wir müssen von der durch das Schuldverhältnis geschaffenen wirtschaftlichen Lage ausgehen. Diese hätte sich dahin entwickelt, daß der Gläubiger die geschuldete aber weggefallene Sache in seine Hände bekommen hätte. Wenn der Ersatz ihr Vertreter ist, so muß er sie auch gegenüber dem Gläubiger vertreten. Er hat die Aufgabe des geschuldeten Gegenstandes in jeder Richtung übernommen, also auch in rechtlicher Beziehung, nämlich im Hinblick auf das Schuldverhältnis. Dieses erfaßt daher den Ersatz.

Gerade mit Rücksicht auf den Gläubiger ist dies gerechtfertigt.[23]) Denn für ihn tritt im Vermögen des Schuldners nur der durch das Schuldverhältnis gebundene Gegenstand in Erscheinung. Daher ist für ihn der alte Zustand nur dann da, wenn der neu eintretende Gegenstand die Stellung des ausgeschiedenen auch hinsichtlich des Schuldverhältnisses einnimmt.

Da der Schuldner in Bezug auf den ursprünglich geschuldeten Gegenstand gebunden war, bedeutet es für ihn keine Änderung und Schlechterstellung, wenn er auch in Bezug auf den Ersatz gebunden

[22]) *Lehmann Kriegsbeschlagnahme S. 47.*
[23]) *Werneburg JW. 16, 1088.*

bleibt. Dann steht er so, wie er gestanden hätte, wenn der wirtschaftlichen Ablauf ungestört vonstatten gegangen wäre. Die Herbeiführung dieses Ausgleichs enthält daher keine Unbilligkeit für den Schuldner.

Das erstrebte Ergebnis erzielt das Gesetz dadurch, daß es den Ersatz an die Stelle des geschuldeten Gegenstandes einrücken läßt. Wir haben es also hier mit einer Erscheinung zu tun, wie wir sie weder im Rahmen des Schadensersatzes noch der Vorteilsausgleichung finden. Sie hat Sondernatur. Es handelt sich um den Vorgang der schuldrechtlichen Surrogation.

5.

Im Anschluß an die Feststellung, daß es bei § 281 nicht auf die Vermögenslage des Gläubigers, sondern auf die des Schuldners ankommt,[24]) formuliert Schulz[25]) unter Anlehnung an die Sprachweise in § 249 BGB. den Grundgedanken unserer Vorschrift dahin: „Es soll im Vermögen des Schuldners der Zustand hergestellt werden, der bestände, wenn vertragsmäßig erfüllt worden wäre." Diesen Satz gibt das Ziel der Vorschrift richtig wieder.[26]) Er bringt jedoch nicht ihre Besonderheiten zum Ausdruck. Es tritt nicht in Erscheinung, daß der Schuldner nur den Gegenstand des Ersatzes, nicht auch dessen Wert herauszugeben hat. Der Anspruch des Gläubigers geht in § 281 auf einen bestimmten Gegenstand, ist ein Gegenstandsanspruch kein Vermögensanspruch.[27]) § 281 gibt dem Schuldner nicht das Recht, den Gläubiger durch Wertersatz zu befriedigen. Er muß den Gegenstand in dem Zustande herausgeben, in dem er ihn erlangt hat (Verschaffungspflicht.)[28]) Es genügt nicht, daß er nur das überträgt, was er bei Geltendmachung des Anspruches noch hat (Übertragungspflicht),[28]) vergl. dagegen § 818 Abs. 3.

Kleineidam[29]) sieht die Wirkung des § 281 darin, daß er „das, was wirtschaftlich an die Stelle des ursprünglichen Schuldgegenstandes getreten oder aus ihm geflossen ist, auch rechtlich an dessen Stelle setzt". Auch hier vermißt man den Ausdruck dafür, daß es

[24]) *Schulz System S. 7, 29. Oertmann § 281, 1. Staudinger § 281 II, 3. RGRK. § 281, 1, „dient zur Verhinderung einer ungerechtfertigten Bereicherung des Schuldners" a. A. Römer S. 365.*

[25]) *a. a. O.*

[26]) *Oertmann § 281, 1.*

[27]) *Fischer in Festschr. S. 11.*

[28]) *Planck-Siber § 281, 3 und Vorbem. III, 4b vor §§ 275 ff. Staudinger § 281, II, 3; a. A. RG. JW. 28, 2016 ff.*

[29]) *S. 115.*

sich um einen Gegenstandsanspruch handelt. Die Formulierung hat aber den Vorzug, daß sich in ihr der Vorgang der Surrogation widerspiegelt. Sie ist aber nur verständlich, wenn man von dem Standpunkt des Gläubigers ausgeht. Dann bedeutet sie: Ohne § 281 würde zwar im Vermögen des Schuldners der Ersatz an die Stelle des geschuldeten Gegenstandes treten, aber nicht von dem Schuldverhältnis erfaßt werden. Daher stände, vom Gläubiger aus gesehen, der Ersatz nur wirtschaftlich an Stelle des geschuldeten Gegenstandes. Erst durch § 281 wird jener auch für den Gläubiger rechtlich erfaßt, in dem das Schuldverhältnis auf ihn ausgedehnt wird.[30])

Man wird als das Ziel des § 281 ansprechen können: Es soll der Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners den Gegenstand erhalten, der nicht dahin gekommen wäre, wenn dieser die geschuldete Leistung erbracht hätte. Bei dieser Darstellung des Prinzips kommt zum Ausdruck:

1. Im Zusammenhang mit dem Ausbleiben der Leistung hat der Schuldner einen Gegenstand erlangt.
2. Da der Gläubiger nicht die geschuldete Leistung erhalten hat, soll er dafür gerade diesen Gegenstand beanspruchen dürfen.
3. Der Anspruch des Gläubigers geht auf einen bestimmten Gegenstand.
4. Es wird das Vermögen des Schuldners ins Auge gefaßt, nicht das des Gläubigers.

II.

1.

§ 281 ist, wie festgestellt, weder ein Unterfall des Schadensersatzes noch ein Gegenstück zur Vorteilsausgleichung. Trotzdem ist er keine Ausnahmebestimmung, die ohne innere Verbundenheit nur aus Zweckmäßigkeitsgründen im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse untergebracht ist. Er läßt sich vielmehr zwanglos in die einheitliche Systematik des BGB. eingliedern.

Er untersteht der Lehre von der nachfolgenden Unmöglichkeit. Wenn der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, wird er frei (§ 275 BGB). Daraus darf man nicht den Schluß ziehen, daß die Unmöglichkeit in diesem Falle oder sonst das bestehende Schuldverhältnis vernichte. Sie greift dessen Bestand nicht an, sondern hebt nur den aus ihm entspringenden Anspruch auf. Zwar stand das römische und gemeine Recht auf dem entgegengesetzten

[30]) *Vergl. noch RG. 120/299 f.*

Standpunkt, den es durch den Satz: „impossibilium nulla est obligatio“ zum Ausdruck brachte. Derselben Ansicht sind noch die Motive (II S. 207 [2])), wenn sie sagen, daß bei Unmöglichkeit der Vertrag in toto zerfalle. Schon Titze [1]) stellt fest, daß die Unmöglichkeit nicht unbedingt das Erlöschen des Schuldverhältnisses zur Folge haben müsse. Besonders ausführlich nimmt Rabel [3]) zu der Frage Stellung. Nachdem er die Quellen untersucht hat, kommt er zu dem Ergebnis, daß es weder eine Forderung der Logik noch eine juristische Notwendigkeit sei, daß die Unmöglichkeit das Schuldverhältnis vernichten müsse. Diese Auffassung ist heute herrschend.[4])

Das Schuldverhältnis wird in seinem Bestande nicht von der Unmöglichkeit berührt. Das wird zunächst allgemein anerkannt, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Man kann nicht sagen, das alte Schuldverhältnis falle weg, an seine Stelle trete ein neues mit dem Inhalt, Schadensersatz zu leisten. Vielmehr bleibt die ursprüngliche Obligation bestehen. Sie erzeugt aus sich einen neuen Anspruch, den Schadensersatzanspruch (so in §§ 280, 325, 326 BGB.). Denn sonst wäre es nicht verständlich, warum die Bürgen und Pfänder weiter haften. Dasselbe gilt auch, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat.[5]) Das Gesetz spricht in § 275 nur davon, daß der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei wird, erwähnt aber nichts über das Schicksal des Schuldverhältnisses. Auch in diesem Falle erlischt es nicht. Es äußert seine Wirkung in Richtung auf den Ersatz, indem es dem Gläubiger einen Anspruch auf diesen gibt. Diese Erscheinung findet ihren Niederschlag in § 281. Das ist der Gesichtspunkt, unter dem er der Lehre von den Schuldverhältnissen einzugliedern ist. Der Anspruch auf den Ersatz wird daher nicht erst durch § 281 geschaffen, sondern ergibt sich aus dem Prinzip der Weiterdauer des Schuldverhältnisses. Dieses ist seine Grundlage. § 281 hat in diesem Sinne nicht konstitutive Bedeutung, sondern nur deklaratorische.[6])

---

[1]) *S. 114.*

[2]) *Vergl. aber Mot. II S. 46. Prot. I S. 316.*

[3]) *In Festschr. für Bekker.*

[4]) *Fischer O. S. 64. Enneccerus-Lehmann II § 48, 1, Anm. 1 S. 166. RG. 115, 33. Kreß § 4, 3a. Oertmann § 275, 1, 2. Staudinger § 275 II, 2. RGRK. § 275, 1. Ehrenberg IV, 2 S. 305. A. A. Eckstein Arch. Bürg. Recht 37, 393 ff.*

[5]) *A. A. Enneccerus-Lehmann a. a. O. Planck § 275, 2b, 3.*

[6]) *Vergl. Mot. II S. 46. Prot. I S. 316. Kleineidam S. 118 f.; insbesondere RG. 115, 33 ff. Das RG. baut hier auf diesem Prinzip*

2.

Durch die Eingliederung in die Systematik wird § 281 seiner Selbständigkeit beraubt. Was wir bisher als Wirkung eines besonderen Prinzips, des Surrogationsprinzips, aufgefaßt haben, stellt sich als eine natürliche Folge des Schuldverhältnisses heraus. So gesehen, tritt die Surrogation derartig wenig in Erscheinung, daß man geneigt sein könnte, an der Berechtigung zu zweifeln, bei § 281 von einem schuldrechtlichen Surrogationsprinzip zu sprechen. Für die Ablehnung der von uns gewählten Ausdrucksweise treten auch verschiedene Schriftsteller[7]) ein, jedoch nur mit der Begründung, daß man von Surrogation allein im dinglichen Recht sprechen könnte.

Sie haben aber mit dieser Behauptung sicher Unrecht. Denn gerade die Gegenüberstellung zur Vorteilsausgleichung und die Besprechung des § 281 als wirtschaftliche Ausgleichsvorschrift haben mit Deutlichkeit den Surrogationsvorgang, das An-die-Stelle-treten, erkennen lassen. Der nichtgeschuldete Gegenstand tritt für den anderen in die Rechtsbeziehung des Schuldverhältnisses, in der dieser gestanden hat, ein. Das ist der Surrogationsgedanke des § 281. An diesem Ergebnis hat sich nichts geändert, auch wenn wir dieser Vorschrift nur die Aufgabe zuerteilen, eine bestimmte Wirkung des Schuldverhältnisses zu bestätigen. Zwar ist die Surrogation kein auf sich gegründeter Rechtssatz, sondern nur ein Rechtsbild, ein geschichtlich zu verstehender Name für eine bestimmte Funktion des Schuldverhältnisses. Diese Erklärung entspricht ganz der Auffassung, die der Gesetzgeber von dem Surrogationsprinzip hatte. Es liegt kein Grund vor, dessen Voraussetzungen nur im dinglichen Recht für gegeben zu erachten. Denn auch die schuldrechtliche Surrogation wird dem allgemeinen Gedanken des Prinzips (Setzen eines Gegenstandes an die Stelle eines anderen) gerecht. Es muß gleich sein, ob das Setzen mit dinglicher oder obligatorischer Wirkung geschieht. Daher können wir unter Benutzung der Einteilung Mommsens[8]) mit dem Gesetzgeber bei § 281 von schuldrechtlicher Surrogation sprechen.[9])

die ganze Entscheidung auf. RGRK. a. a. O. Staudinger a. a. O. Oertmann a. a. O.

[7]) *RGRK. § 281, 1. Felixbrodt S. 25 f. Schulz System S. 445 „uneigentlich"; vergl. zu der Streitfrage Waller S. 21, 37, 110.*

[8]) *S. 3.*

[9]) *Staudinger § 281 am Anfang. Oertmann § 281, 1. Enneccerus-Lehmann § 46 II. Kleineidam S. 114 ff.*

III.

Die Eigenart des § 281 tritt besonders deutlich hervor, wenn man ihn in Beziehung setzt zu anderen Bestimmungen, die ein ähnliches Ziel verfolgen wie er. Das gilt zunächst vom Schadensersatz und von der ungerechtfertigten Bereicherung. Beim Schadensersatz ist vom Vermögen des Gläubigers auszugehen, bei der ungerechtfertigten Bereicherung vom Vermögen des Schuldners. Gleich dieser faßt auch § 281 nur den Vermögenszustand des Schuldners ins Auge. Der Schaden wird errechnet, indem man von dem Vermögen, das der Gläubiger hätte, wenn das schadenbringende Ereignis nicht eingetreten wäre, das vorhandene Vermögen abzieht.

fingiertes Vermögen
— vorhandenes Vermögen
= Schaden.

Die Höhe der Bereicherung findet man, indem man vom vorhandenen Vermögen des Schuldners das Vermögen abzieht, das er hätte, wenn der Bereicherungsfall nicht eingetreten wäre.

vorhandenes Vermögen
— fingiertes Vermögen
= Bereicherung.

Beim Schadensersatz soll ein Weniger im Vermögen des Gläubigers aufgefüllt werden, indem man ihm etwas zuführt, bei der ungerechtfertigten Bereicherung ein Überschuß aus dem Vermögen des Schuldners weggenommen werden.[1]) Was hier von der ungerechtfertigten Bereicherung gesagt worden ist, gilt auch für das von der Surrogation erstrebte Ergebnis. Sie steht daher der ungerechtfertigten Bereicherung näher als dem Schadensersatz. Das ist auch noch in einer anderen Hinsicht der Fall. Beim Schadensersatz wird in der Regel gegen den Schuldner ein Vorwurf erhoben, bei der ungerechtfertigten Bereicherung dagegen scheidet dieser Gesichtspunkt aus.[2]) Auch bei § 281 wird die Frage nach dem Verschulden oder der Vertretbarkeit nicht gestellt. Eine ganz besondere Ähnlichkeit besitzt § 281 mit § 816.[3]) In beiden Fällen verliert der Gläubiger einen Gegenstand, einmal durch Verfügung, das andere Mal durch einen Umstand, der die Leistung unmöglich macht (worunter auch eine Verfügung fallen kann). § 816 setzt dingliche Berechtigung (Eigentum) voraus, § 281 fordert nur obligatorische Berechtigung. Dagegen unterscheidet sich § 281 dadurch von den

[1]) *Oertmann Recht 19, 328. Fischer H. A. S. 11 f.*
[2]) *Fischer A. H. S. 24.*
[3]) *Darauf weist schon Windscheid-Kipp II S. 98 hin.*

Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, daß bei ihm niemals Wertersatz in Frage kommen kann. Die Vorschrift des § 818 Abs. 2 gilt nur für die ungerechtfertigte Bereicherung. Ebenso kann sich der Schuldner nicht auf den Wegfall des Ersatzes berufen, da ihm keine dem § 818 Abs. 3 ähnliche Bestimmung zur Seite steht.

Eine nahe Beziehung hat § 281 auch zu § 687 Abs. 2 (in Verbindung mit §§ 681, 667). Bei § 687 Abs. 2 führt jemand ein fremdes Geschäft. Die Fremdheit wird nicht nach den juristischen Beziehungen der Beteiligten bestimmt, sondern danach, daß das Geschäft dem Vermögensbereich des Geschäftsherrn, seiner Interessensphäre, angehört.[4]) Der nach § 281 geschuldete Gegenstand steht zwar noch im Vermögen des Schuldners, aber die Bindung des Schuldners in Bezug auf ihn ist bereits eine Vorstufe zur Überführung ins Vermögen des Gläubigers.

Mit § 255 kann man § 281 insofern vergleichen, als jener eine Bereicherung des Gläubigers, dieser eine Bereicherung des Schuldners verhindern will.

[4]) *Isay S. 65.*

Bei der Untersuchung über die Natur des § 281 sind wir auf keine Hindernisse für die unbeschränkte Anwendbarkeit gestoßen. Der Surrogationsgedanke ist offenbar für das ganze Schuldrecht brauchbar. Der Ersatzanspruch läßt sich ebenso wie der Schadensersatzanspruch an sich aus jedem einzelnen Schuldverhältnis herleiten. Auch die Eingliederung unserer Vorschrift in den allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse legt eine solche Auffassung nahe. Ebenso scheinen sich keine Bedenken aus dem Wortlaut des § 281 zu ergeben. Dennoch ist dessen Anwendungsgebiet äußerst bestritten.

Diese auffällige Erscheinung findet ihre Erklärung darin, daß er das Erbe der römischrechtlichen Regel commodum eius esse debet, cuius periculum angetreten hat. Diese galt allerdings nur in einem beschränkten Rahmen. Ihn hat § 281 gesprengt, ohne genaue Grenzen für seine Anwendung zu setzen. Daher hat hier unter der Einwirkung von Billigkeit und Bedürfnis eine Weiterentwicklung eingesetzt, die noch nicht ihren Abschluß gefunden zu haben scheint. So sind denn Gegenstand des Streites alle Voraussetzungen des § 281. Diese sind:

1. Die Unmöglichkeit der Leistung,
2. Anfall des Ersatzes oder Ersatzanspruches,
3. ein Umstand, dessen Folgen die Unmöglichkeit und der Anfall sind.

§ 281 geht also von der Unmöglichkeit der Leistung aus. Einigkeit herrscht darüber, daß er sowohl bei objektiver wie bei subjektiver Unmöglichkeit gilt, ebenso bei teilweiser Unmöglichkeit oder bei Unzumutbarkeit; ferner daß es keinen Unterschied ausmacht, ob der Schuldner sie zu vertreten hat oder nicht. Dagegen wird von Titze[1]) und Cosack[2]) bestritten, daß § 281 nur die nachfolgende Unmöglichkeit treffen wolle. Aber zu Unrecht. Denn in den §§ 275 ff. wird nur die nachfolgende Unmöglichkeit behandelt. Einen weiteren Gegenbeweis kann man aus der Wahl des Präsens in § 281 entnehmen („unmöglich macht", „erlangt").[3])

[1]) *S. 253 Anm. 9.*
[2]) *I S. 333 c.*
[3]) *Staudinger § 281 I 1 b. Kleineidam S. 43. Kisch S. 210. Oertmann § 281, 3. Planck-Siber § 306, 3 c.*

I.

1.

§ 281 setzt weiter einen Umstand voraus, der die Leistung unmöglich macht und zugleich den Ersatz verschafft. In Frage kommen Naturereignisse und Handlungen Dritter. Das ist unbestritten. Nachdem die Surrogation auch auf die Fälle ausgedehnt worden ist, in denen der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, können keine Zweifel bestehen, daß die Vorschrift auch gilt, wenn dieser die Unmöglichkeit selbst durch eine Handlung herbeigeführt hat. In der Literatur geht man auf diese Frage nicht besonders ein, sei es, weil man die Anwendung des § 281 für selbstverständlich hält, sei es, weil man annimmt, daß diese Fälle kaum praktisch werden, weil der Schuldner bei eigenem Verschulden keinen Ersatzanspruch hat. Aber es ist denkbar, daß er trotz eigenen Verschuldens Ersatz verlangen kann, z. B. wenn sein Verschulden mit dem eines anderen konkurriert oder mit der Gefährdungshaftung, z. B. der Eisenbahn, zusammentrifft, oder wenn ihm trotz Fahrlässigkeit ein Ersatzanspruch gegen eine Versicherung zusteht (Autoversicherung).

Ganz abwegig ist die Ansicht Wunderlichs[1]) und Werneburgs.[2]) Wenn der Schuldner durch eigene Handlung die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, wollen sie § 281 deshalb ausschließen, weil unter „Umstand" nur von außen wirkende Tatsachen zu verstehen seien, worunter sie auch Naturereignisse und Handlungen Dritter zählen.

Wenn aber das Gesetz in die Neufassung ausdrücklich das Verschulden des Schuldners einbezogen hat, so kann das nur den Sinn haben, daß § 281 auch gilt, wenn die Bedingung für den Eintritt der Unmöglichkeit vom Schuldner (also „von innen") gesetzt wird. Wenn sie daher Handlungen Dritter hierher rechnen, dürfen sie nicht Handlungen des Schuldners ausschließen.

Da § 281 Handlungen des Schuldners erfaßt, könnte man zu der Annahme neigen, daß seiner Anwendung auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb keine Schwierigkeiten im Wege ständen. In Wirklichkeit gehen aber darüber die Meinungen sehr auseinander. Die Frage wurde nicht erst mit der Einführung des BGB. strittig, sondern war es auch schon im römischen und gemeinen Recht. Infolgedessen ist um sie eine gewaltige Literatur angewachsen. Der Streit dreht sich hauptsächlich um vier Punkte:

---

[1]) *LZ. 15, 1488.*
[2]) *LZ. 16, 1086.*

1. Wie steht § 281 zu der im römischen und gemeinen Recht bekannten Unterscheidung zwischen commodum ex re und commodum ex negotiatione?
2. Kann man im rechtsgeschäftlichen Erwerb einen Ersatz im Sinne des § 281 sehen?
3. Begreift „Umstand" auch das Rechtsgeschäft?
4. Ist der rechtsgeschäftliche Erwerb seinem ganzen Umfange nach „für den geschuldeten Gegenstand" erlangt?[3])

a.

Das BGB. hat die schuldrechtliche Surrogation durch § 281 über die Grenzen, die ihr im römischen Recht gezogen waren, hinausgetragen. Daraus ergibt sich aber nicht von selbst, daß es die Unterscheidung zwischen commodum ex re und commodum ex negotiatione für unbegründet erklärt und dieses dem § 281 einbezieht. Jedoch kann man den Nachweis dafür, daß es die Ausschließung des commodum ex negotiatione durch § 281 zum Gesetz erhoben habe, nicht dadurch erbringen, daß man darauf hinweist, das römische Recht habe dieses außerhalb der schuldrechtlichen Surrogation gestellt.[4]) Demgegenüber bedarf es noch einmal der Feststellung, daß im römischen Recht diese Frage nicht geklärt war. Mit Recht weist Römer[5]) darauf hin, daß man ebensogut das Gegenteil behaupten könnte. Keine eindeutige Antwort geben die Materialien. Die Motive (II S. 46) führen nur aus, daß § 281 den Schadensersatz aus dem Delikt eines Dritten und die Entschädigung aus der Versicherung erfasse. Offensichtlich dachte der Gesetzgeber also nur an das commodum ex re. Daraus kann aber kein bindender Schluß gezogen werden. Denn die Aufzählung erfolgt nur beispielsweise. Ferner kann man mit gutem Grunde anzweifeln, ob Versicherungsgelder als commodum ex re angesprochen werden dürfen, da sie doch eine Folge des abgeschlossenen Versicherungsvertrages sind.[6]) Besonders muß aber der Umstand berücksichtigt werden, daß die Motive zum § 238 erster Entwurf Stellung nehmen, der nur bei unverschuldeter Unmöglichkeit gelten sollte. Von diesem Standpunkte aus ist es nicht auffällig, wenn die Motive das rechtsgeschäftliche Surrogat nicht erwähnen. Es würde sich als Beispiel nicht

[3]) *Diesen Punkt stellt Römer S. 300 nicht besonders heraus.*
[4]) *Becker JW. 15, 182. Wassermann JW. 15 S. 71.*
[5]) *S. 302.*
[6]) *So sogar Kisch S. 201, der im übrigen die Anwendung des § 281 auf das com. ex neg. verneint.*

eignen. Damit ist der Einwand Kisch's[7]) und Starke's,[8]) die da Schweigen gegenteilig werten wollen, widerlegt. Darüber hinau kann man die ganze Bemerkung zu § 238 erster Entwurf in der Motiven für unbeachtlich erklären. Denn erst später erfolgte die grundlegende Neuerung, die die schuldrechtliche Surrogation auf die Fälle verschuldeter Unmöglichkeit ausdehnt. Daher dürfte mar richtigerweise nur die Protokolle heranziehen. Diese schweigen abe völlig. Wir bleiben daher über den Willen des Gesetzgebers im Unklaren. Es fehlt jeder positive Anhalt dafür, daß er da commodum ex negotiatione von § 281 ausschließen will. Selbs wenn das der Fall wäre, wäre damit nicht verwehrt, § 281 aus dehnend auszulegen und ihm dieses commodum einzubeziehen.

b.

Einen weiteren Beweis dafür, daß § 281 nicht den durch Rechts geschäft erlangten Ersatz erfasse, entnehmen verschiedene Schrift steller[9]) seinem Text. Sie greifen das Wort „Ersatz" heraus. Diese lasse begrifflich nicht die Ausdehnung auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb zu. Besonders ergebe sich aber aus dem Sprachgebrauch des BGB., daß der rechtsgeschäftliche Erwerb kein „Ersatz" sei Kisch[10]) beginnt seine Darlegung über den Begriff „Ersatz" folgendermaßen: „Ersetzt kann nur werden, was früher vorhanden war, gegenwärtig aber fehlt. Ohne einen zuvor eingetretenen Schaden kann von einem Ausgleich desselben keine Rede sein." Diese Erläuterung kehrt in der Literatur sehr oft wieder. Mag auch jeder der beiden Sätze für sich allein richtig sein, so enthält doch ihre Zusammenstellung einen Gedankenfehler. Denn Kisch bringt damit zum Ausdruck, daß das Fehlen eines Gegenstandes im Vermögen immer einen Schaden bedeute. Das ist aber keineswegs der Fall.[11]) Denn der Wegfall eines Gegenstandes kann ebenso darauf beruhen, daß er ohne Willen des Besitzers entfernt oder zerstört wurde, wie darauf, daß dieser selbst ihn veräußerte. Auch im letzten Falle fehlt der veräußerte Gegenstand. Es ist aber nur eine Vermögenslücke, kein Schaden jedoch entstanden. Kein Mensch verkauft doch, um sich einen Schaden zuzufügen. Auch die Aus

[7]) *S. 200.*

[8]) *JW. 15, 563.*

[9]) *Vor allem Kisch S. 197 ff. Goldmann-Lilienthal § 85 Anm. 281. Starke JW. 15, 561; ebenso die älteren Auflagen der Kommentare von Oertmann und Staudinger zu § 281.*

[10]) *S. 198.*

[11]) *Römer S. 311 ff.*

füllung dieser Vermögenslücke kann man als „Ersetzen“ [12]) bezeichnen, da der Käufer den Kaufpreis „für“ den Gegenstand erhält. Daher ist ein Schaden nicht Voraussetzung für den Begriff „Ersatz“. Damit fällt der Einwand Kisch's [13]) in sich zusammen, daß man einen Ersatz nicht durch Rechtsgeschäft erwerben könne, da ein Vertrag kein schadenstiftendes Ereignis sei. Da er von einer unrichtigen Voraussetzung ausgegangen ist, entbehrt die darauf gestützte Unterscheidung zwischen Ersatz (= Schadensersatz) und Äquivalent (= rechtsgeschäftlicher Erwerb) ihres inneren Grundes. Trotzdem hat man nach Kisch vielfach gerade mit dieser Gegenüberstellung ohne Nachprüfung ihrer Berechtigung die Anwendbarkeit des § 281 auf das commodum ex negotiatione abgetan. Ebenso ist die Beweisführung Kisch's nicht richtig, daß der Ersatz die eingetretene Vermögenslücke ausfülle, während das Äquivalent eine solche überhaupt nich entstehen lasse. Denn beim Verkauf einer Sache kann ebenso eine Vermögenslücke eintreten wie bei deren Zerstörung durch einen Dritten.

Daß auch der Gesetzgeber unter Ersatz nicht das commodum ex negotiatione fasse, will man [14]) aus dem Gebrauch dieses Wortes in verschiedenen Bestimmungen folgern, in denen das Surrogationsprinzip seinen Ausdruck gefunden hat. Es werden § 281 gegenübergestellt: §§ 718, 818, 1370, 1473, 1524, 1638 Abs. 2, 2019, 2111 und 2374. Man weist darauf hin, daß in diesen Vorschriften vom „Ersatz für Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes“ gesprochen wird, in § 281 dagegen nur von „Ersatz“ ohne jeden Zusatz. Daraus zieht man den Schluß, daß das Gesetz durch die neunmalige Wiederholung des längeren Ausdruckes dartue, wie Ersatz zu verstehen sei, daß es also hier dessen Definition gebe. In dem einzigen Falle des § 281, wo dieser Begriff ohne Ergänzung gebraucht werde, müsse man ihn so auslegen wie in den anderen neun Fällen.

Aber gerade aus der strengen Systematik des BGB. liegt der Schluß auf das Gegenteil näher. Verstände das Gesetz „Ersatz“ in dem beschränkten Sinne der §§ 718 usw., dann hätte es den längeren Ausdruck beim ersten Vorkommen, also bei § 281, gebraucht, um die Definition an den Anfang zu setzen und sich dadurch die zahlreichen Wiederholungen zu sparen. Daher darf man annehmen, daß das Wort „Ersatz“ in § 281 aus sich selbst zu verstehen ist. Der einengende Zusatz aus den neun anderen Vorschriften ist hier nicht am Platze. Gerade weil es sich bei diesen um Ausnahmen

---

[12]) *Lehmann Kriegsbeschlagnahme S. 47. Neukamp S. 792.*
[13]) *S. 199.*
[14]) *Kisch S. 200 Anm. 6. Starke JW. 15 S. 561 ff.*

von dem weiteren Ersatzbegriff handelt, war die ständige Wiederholung der Einschränkung notwendig.[15])

Noch in anderer Hinsicht glaubt Kisch[16]) aus den §§ 718 usw beweisen zu können, daß sich der rechtsgeschäftliche Erwerb nicht dem Begriff Ersatz unterordnen lasse. Er zitiert § 1370 und weist dann auf die §§ 1473, 1524, 1638 Abs. 2, 2111, 2374 BGB. hin. Hier ist zwar die Rede von dem Erwerb eines „Ersatzes für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung", aber nicht von dem Erwerb „eines Ersatzes durch ein Rechtsgeschäft", sondern nur vom Erwerb „durch ein Rechtsgeschäft" unter Auslassung des Wortes „Ersatz". Aber diese Beweisführung geht fehl. Die Auslassung des Wortes „Ersatz" beim Erwerb durch Rechtsgeschäft ist technisch bedingt Denn § 1370 enthält zwei verschiedene Tatbestände. Im ersten Falle ist ein Gegenstand durch Zerstörung usw. aus dem Vorbehaltsgut ausgeschieden. Dieser wird ersetzt durch einen anderen. Daher ist hier das Wort „Ersatz" am Platze. Im zweiten Falle tritt der rechtsgeschäftliche Erwerb ins Vorbehaltsgut ohne Rücksicht auf die Gegenleistung, also nicht um deren Stellung einzunehmen. Der Rechtsgrund für die Regelung ist hier nicht die Surrogation, nicht das Prinzip, daß ein Gegenstand an die Stelle eines anderen treten soll. Daher war hier das Wort „Ersatz" begrifflich unmöglich.

Ganz zu Unrecht nennt Kisch in diesem Zusammenhange die §§ 718 Abs. 2 und 818 Abs. 1 („auf Grund des erlangten Rechtes Erworbene" und „Ersatz für die Zerstörung usw."). Denn die §§ 718 Abs. 2 und 818 Abs. 1 behandeln gar nicht einen Fall des rechtsgeschäftlichen Erwerbes.[17])

Auch der Vergleich des Abs. 1 mit Abs. 2 von § 818 berechtigt nicht zu der Folgerung, daß Ersatz nicht den rechtsgeschäftlichen Erwerb umfasse. Man kann nicht so argumentieren: In Abs. 1 werde die Herausgabepflicht des Ersatzes für die Zerstörung usw. angeordnet, in Abs. 2 nur die Herausgabe des durch Rechtsgeschäft Erlangten. Der Gesetzgeber habe diese Aufteilung in zwei Absätze vornehmen müssen, weil sich eben der rechtsgeschäftliche Erwerb begrifflich nicht als Ersatz fassen lasse. Diese Argumentation würde die Natur des Absatz 2 verkennen. Er hat nicht die Aufgabe, die Herausgabe des commodum ex negotiatione besonders anzuordnen, sondern seine Existenz erklärt sich daraus, daß an Stelle der beim Schadensersatz eintretenden Naturalrestitution bei der un-

---

[15]) *Römer S. 309 f.*
[16]) *S. 200 Anm. 6.*
[17]) *Staudinger § 718 II, 3; § 818 3 b.*

gerechtfertigten Bereicherung Wertersatz tritt. Er steht nicht neben Abs. 1, sondern begreift auch dessen Fälle mit.

Daß auch der von Kisch angeführte § 2164 Abs. 2 keinen Beweis für den Sprachgebrauch des Gesetzes (Ersatz = Schadensersatz) erbringt, kann man mit dem Hinweis auf den Willen des Erblassers widerlegen. Wenn der Erblasser eine Sache vermacht, diese dann vernichtet und durch eine andere ersetzt wird, dann darf man im Zweifel annehmen, daß der Wille des Erblassers dahin ging, der Ersatz solle die Stelle der untergegangenen Sache im Vermächtnis einnehmen. So erklärt sich die Regelung in § 2164 Abs. 2. Anders, wenn er die vermachte Sache veräußerte. Denn damit tat er einen Willen kund, der mit dem früheren im Widerspruch steht. Daher kann im Zweifel hier nicht angenommen werden, daß er den früheren Willen hat aufrecht erhalten wollen.[18])

Der Gegenmeinung ist es also nicht gelungen, zu beweisen, daß das Gesetz unter Ersatz nur Schadensersatz verstehe. Dieser Versuch konnte ihr auch gar nicht gelingen. Denn wir können im Gegenteil aus dem Gesetz selbst den Nachweis führen, daß es in vielen Fällen den umstrittenen Begriff nicht im Sinne von Schadensersatz gebraucht.[19]) Es spricht zunächst vom Ersatz der Aufwendungen (§§ 256, 257, 450, 670, 683, 994, 996 usw.). Aufwendungen lassen sich aber nicht dem Begriff Schaden, wie ihn Kisch[20]) versteht und wie er allgemein aufgefaßt wird, unterordnen. Sie sind keine unfreiwilligen Vermögensopfer im Sinne Römers,[21]) keine wider oder ohne Willen des Aufwendenden eingetretene Vermögensminderung. Trotzdem nennt das Gesetz den für sie zu zahlenden Ausgleich Ersatz.

Ganz unangebracht ferner wäre die Vorstellung, daß Ersatz Schaden voraussetze, in den §§ 1417, 1466, 1539, 2054, 2331. Beide Gruppen umfassen auch die freiwillige Vermögensminderung.[22]) Unbeachtlich wäre hier der Einwand, es handle sich nicht um typische Fälle der Surrogation. Darauf kommt es nicht an. Wir wollen nur aufzeigen, in welcher Bedeutung der Gesetzgeber das Wort „Ersatz" gebraucht. Man könnte dann auch die Heranziehung der §§ 1370, 1473 usw. ablehnen, weil sie die dingliche Surrogation betreffen, während doch die schuldrechtliche Surrogation des § 281 davon ganz verschieden ist.

---

[18]) *Römer S. 308 f.*

[19]) *Wäre Ersatz immer gleich Schadensersatz, dann wäre Schadensersatz Pleonasmus.*

[20]) *S. 198 f.*

[21]) *S. 311.*

[22]) *Lungershausen S. 61.*

Wir konnten feststellen, daß das Gesetz den Begriff „Ersatz" in ganz verschiedener Bedeutung gebraucht. Es versteht darunter ebenso Schadensersatz wie den sonstigen wirtschaftliche Ausgleich. Daß Ersatz nicht begriffsnotwendig Schadensersatz zu sein braucht, zeigt auch die Verwendung dieses Wortes im Sprachgebrauch des täglichen Lebens. Man denke an Ausdrücke wie Seifenersatz, Lederersatz, Butterersatz u. a., die während des Krieges allgemein geläufig waren. Ihnen liegt die Vorstellung zugrunde, daß der Ersatz etwas ist, das an die Stelle der anderen Sache getreten ist und deren Aufgabe erfüllen soll. Gerade diese Vorstellung ist auch mit dem Begriff Ersatz in § 281 zu verbinden. Denn das Wesen der dort festgehaltenen Surrogation besteht doch darin, eine Sache an die Stelle einer anderen zu setzen, um sie deren Rolle dem Gläubiger gegenüber weiter spielen zu lassen. Das tut der rechtsgeschäftliche Erwerb in einem weiteren Sinne schon im Verhältnis zwischen Schuldner und Drittschuldner und um so mehr noch dem Gläubiger gegenüber. Es liegt daher kein sprachliches oder begriffliches Hindernis vor, im rechtsgeschäftlichen Erwerb einen Ersatz zu sehen.

Um in der Richtung des Surrogationsgedankens zu bleiben, muß man natürlich von dem Ersatz fordern, daß er ersetzungsfähig ist, d. h. die Aufgabe der ersetzten Sache zu übernehmen imstande ist. Das ist bei Geld immer der Fall.

c.

Das Kernproblem der aufgeworfenen Frage ist darin zu suchen, ob man im Rechtsgeschäft einen „Umstand" erblicken könne, der einerseits die Leistung unmöglich macht, andererseits für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch in das Vermögen des Schuldners bringt.

Verschiedene Schriftsteller[23]) fassen den Umstand rein formal. Entweder sie sehen in ihm eine „von außen wirkende Tatsache" und rechnen darunter nicht die Handlungen des Schuldners.[24]) Oder sie betonen, daß es sich nur um ein einziges Geschehnis handeln dürfe, das sowohl die Unmöglichkeit bewirken, als auch dem Schuldner den Ersatz oder Ersatzanspruch bringen müsse. Jedes Rechtsgeschäft zerfalle aber in zwei Vorgänge: das Verpflichtungs- und das Erfüllungsgeschäft. Den Ersatz erlange der Schuldner durch jenes, während dieses getrennt davon die Unmöglichkeit herbeiführe.

[23]) *Werneburg LZ. 16, 1086. Wunderlich LZ. 15, 1488. Kluckhohn JW. 15, 1222. Löwenwarter JW. 15, 111. Starke JW. 15, 561.*

[24]) *Titze S. 117. Korsch S. 10. Dassel Recht 16, 92. Bendix Recht 15, 332.*

Infolgedessen könne § 281 auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb nicht angewandt werden. Für diese enge Auslegung bietet das Gesetz keinen Anhalt.[25])

Andere[26]) machen diese beiden Einschränkungen nicht. Sie wollen § 281 auch dann gelten lassen, wenn zwei Akte vorliegen, von denen der eine die Leistung unmöglich macht, der andere den Ersatz verschafft. Sie fordern aber, daß zwischen beiden ein innerer Zusammenhang bestehe, ein rein äußerlicher, zufälliger genüge nicht. Diese Identitätslehre verlangt „ein gewisses korrespektives Verhältnis", „auf Grund dessen die Unmöglichkeit den Erwerb des Ersatzes durch den Schuldner sozusagen mit innerer juristischer Notwendigkeit auslöst".[27]) Sie gibt bei einer bestimmten Sachlage auf Grund des § 281 einen Anspruch auf das commodum ex negotiatione. Sie unterscheidet zwischen einer freiwilligen und gezwungenen Veräußerung. Erfolgt die Veräußerung unter Zwang, dann kann nach ihr der Gläubiger den Ersatz verlangen, obwohl es sich dann um ein commodum ex negotiatione handele. Man denkt dabei an die Enteignung (Mot. II S. 46) und Beschlagnahme.[28])

Zu der Beschlagnahme führt man aus: Sie zerfalle in zwei Akte. Der erste enthalte das staatliche Veräußerungsverbot; der Inhalt des zweiten sei die Übergabe des beschlagnahmten Gegenstandes und die Erlangung des Ersatzes nach den Regeln des Verkaufes. In der an den Schuldner gezahlten Summe sieht man daher einen Kaufpreis, ein commodum ex negotiatione. Trotzdem gibt man nach der Identitätslehre dieses commodum dem Gläubiger. Denn die Veräußerung sei nur die notwendige Folge („infolge") der vorhergehenden Beschlagnahme, die mittelbare Wirkung eines geübten Zwanges. Wegen dieser „Einheitlichkeit der Wirkungsquelle"[29]) seien die beiden Vorgänge als ein einheitliches Ereignis anzusehen. Dieses habe dem Schuldner einmal die Leistung unmöglich gemacht und zugleich den Kaufpreis als Ersatz zugeführt, da der Schuldner doch nur unter Zwang gehandelt habe.[30]) Infolgedessen könne man hier § 281 anwenden. Auf diese Weise kommt man zu einem Ergebnis, das die Billigkeit fordert. Es macht sich deutlich das Bemühen bemerkbar, zwei zeitlich auseinander-

---

[25]) *Römer S. 297.*

[26]) *Vergl. Anm. Nr. 24.*

[27]) *Titze S. 117.*

[28]) *Über die Bedeutung dieser Frage während des Krieges vergl. Lehmann a. a. O. S. 39 ff. und die Literaturangabe S. 107 Anm. 48.*

[29]) *Korsch S. 10.*

[30]) *RG. 91, 260; 93, 142; 95, 20; 102, 204. Oertmann JW. 18, S. 86. Lehmann Kriegsbeschlagnahme S. 37 ff.*

liegende Vorgänge unter einem bestimmten Gesichtspunkt zu sehen, unter dem von außen wirkenden Zwange.

Die Identitätslehre hat mit der Auffassung gebrochen, daß unter Umstand nur ein einziger tatsächlicher Vorgang verstanden werden könne. Sie hat dargetan, daß es der Anwendung des § 281 nicht entgegenstehe, wenn der Umstand, der die Leistung unmöglich macht, räumlich und zeitlich von dem Umstand getrennt ist, der den Ersatz in das Vermögen des Schuldners bringt. Es genüge, wenn zwischen beiden ein bestimmt gearteter Zusammenhang bestehe, auf Grund dessen der eine die Folge des andern sei. Allerdings will sie § 281 nur anwenden, wenn der zweite Umstand die erzwungene Folge des ersten ist.

Von ihrem Standpunkte aus konnte sie daher § 281 nicht bei dem commodum gebrauchen, das der Schuldner durch ein ohne Zwang vorgenommenes Rechtsgeschäft erwirbt. Denn auch ein solches Rechtsgeschäft zerfällt in zwei Akte, in das Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft. Hier erlangt der Schuldner den Ersatzanspruch auf Grund des Kausalgeschäftes, nicht auf Grund der davon getrennten abstrakten Übereignung des geschuldeten Gegenstandes, die dessen Leistung erst unmöglich macht. Daher entsteht, so gesehen, der Ersatzanspruch außer beim Barkauf stets zeitlich vor dem Unmöglichwerden der Leistung. Ebenso ist auch der Ersatzanfall vorher eingetreten, wenn der Kaufpreis vor Übereignung der Ware gezahlt wird. Selbst wenn die Identitätslehre von diesem zeitlichen Moment absehen wollte, mußte sie die Anwendung des § 281 ablehnen. Denn für sie bestand zwischen dem obligatorischen Kaufvertrag und der Übereignung keinerlei Zusammenhang. Sie hielt die Voraussetzung nicht für gegeben, daß der Umstand, der die Leistung unmöglich macht, zugleich den Ersatz vermittelt.

Gegen die Auffassung der Identitätslehre nimmt man folgendermaßen Stellung[31]): Verpflichtungsgeschäft und Erfüllung desselben seien, wirtschaftlich gesehen, eine Einheit. Daher könne man sie auch als einen Umstand im Sinne des § 281 werten. Für die Richtigkeit dieser Handhabung werden zwei Gründe angeführt:

1. Die Zerlegung des Veräußerungsgeschäftes in zwei Teile entspreche nicht den psychologischen Tatsachen, sie erfolge nur aus rechtspolitischen Gründen. Man habe das Erfüllungsgeschäft von der causa gelöst, um eine möglichst große Sicherheit und Klarheit für die Gültigkeit der dinglichen Rechtsänderung zu schaffen. § 281 beruhe aber nicht auf dieser Erwägung. Daher müsse man die Ver-

[31]) *Windscheid-Kipp II, S. 98; ebenso: Schulz System S. 12. Römer S. 306. Planck-Siber § 281, 2 c.*

äußerung als einen einheitlichen Tatbestand, wie er es ja auch in Wirklichkeit sei, betrachten.

2. Als zweiten Grund führt man an, daß auch das BGB. so verfahre, wenn der genannte Zweck nicht in Frage stehe. Den Beweis liefere § 816 Abs. 1. Dort sei von dem durch die Verfügung Erlangten die Rede. Verfügung sei hier nicht technisch zu verstehen. Denn nicht durch eine Verfügung im technischen Sinne erlange der Nichtberechtigte die Gegenleistung, sondern durch das dieser zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft. Wenn aber das Gesetz trotzdem hier von dem durch die Verfügung Erlangten rede, so bringe es damit zum Ausdruck, daß es das Veräußerungsgeschäft als wirtschaftliche Einheit betrachte. Da § 281 ähnlich wie § 816 konstruiert sei, müsse dasselbe für ihn gelten.

Den Einwand, daß bei Zahlung des Kaufpreises vor Übereignung der Ware der Ersatz vor Eintritt der Unmöglichkeit erlangt sei, widerlegt man[32]) damit, daß der Schuldner den Ersatz erst durch Leistung des geschuldeten Gegenstandes richtig erlange. Denn bis dahin bestehe die Einrede des nichterfüllten Vertrages, und bei schuldhafter Nichtleistung könne der Drittschuldner sogar vom Vertrage zurücktreten und den Ersatz herausverlangen.

Aber die Frage ist ohne Zuhilfenahme der wirtschaftlichen Anschauungsweise rein juristisch zu lösen. § 281 gibt dem Gläubiger den Anspruch auf den Ersatz, wenn dieser „infolge" des Umstandes erlangt ist, der die Unmöglichkeit bewirkt. Der Umstand muß daher sowohl die Unmöglichkeit wie den Anfall des Ersatzes zur Folge haben, er muß die Ursache für beide Erfolge sein. Das ist er nach den Anforderungen des BGB., wenn er eine Bedingung ist, von der man nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Herbeiführung beider Erfolge mit Wahrscheinlichkeit erwarten konnte. Es genügt also, wenn zwischen dem Umstand einerseits und den beiden Ergebnissen andererseits ein adäquater Kausalzusammenhang besteht. Denn das BGB. steht auf dem Boden der Lehre von diesem Kausalzusammenhang.[33]) Es wendet sie ebenso an, um die Ursache eines Schadens wie die der Unmöglichkeit zu ermitteln. Da § 281 einen Fall der Unmöglichkeit behandelt, gilt sie auch hier.

Wir lassen die Zerlegung des Veräußerungsgeschäftes in das obligatorische Grundgeschäft und das dingliche Erfüllungsgeschäft bestehen. Wir erkennen auch an, daß die Unmöglichkeit die un-

[32]) *Schulz System S. 11. Neukamp S. 791.*
[33]) *Staudinger Vorbem. vor §§ 249—255 IV 2 d.*

mittelbare Folge der Erfüllung ist, ebenso, daß der Ersatzanspruch auf dem Verpflichtungsgeschäft beruht und daß erst die davon getrennte Verfügung des Zweitkäufers dem Schuldner den Kaufpreis verschafft hat. Nach der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang kommen wir dann zu dem Ergebnis, daß das Verpflichtungsgeschäft unmittelbar das Erfüllungsgeschäft und insofern mittelbar die Unmöglichkeit adäquat[34]) verursacht hat, daß es ebenso auf der anderen Seite unmittelbar den Ersatzanspruch verschafft bezw. mittelbar den Ersatz selbst bedingt hat. Denn es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, daß die regelmäßige Folge eines obligatorischen Kaufvertrages seine Erfüllung durch beide Kontrahenten ist. Wir können also den Eintritt der Unmöglichkeit ebenso wie den Anfall des Ersatzes auf das Verpflichtungsgeschäft zurückführen. Dieses ist der Umstand, der beide Erfolge gezeitigt hat. Insoweit steht nichts entgegen, § 281 auch auf freiwillige Rechtsgeschäfte anzuwenden.[35])

d.

Gegen die Ausdehnung des § 281 auf den durch Rechtsgeschäft erlangten Ersatz wird noch ein anderer Gesichtspunkt angeführt. Man greift auf die Unterscheidung zwischen dem commodum ex re und dem commodum (lucrum) ex negotiatione zurück und erklärt, daß sie auch noch für § 281 ihren Sinn habe. Für die Höhe des commodum ex re sei allein kausal der geschuldete Gegenstand. Beim lucrum ex negotiatione sei das anders. Dieses sei der Gewinn aus der Tätigkeit des Schuldners. Es stelle einen Vorteil dar, den sich der Schuldner durch eigenes Handeln — durch Aufsuchen und Ergreifen der günstigen Gelegenheit — selbst verschafft habe.[36]) Oder in vermittelnder Art sagt man: Das lucrum ex negotiatione sei das Produkt zweier Faktoren: des geschuldeten Gegenstandes und der nichtgeschuldeten Tätigkeit des Schuldners.[37]) Das zeige sich immer, wenn der Wert der Gegenleistung höher sei. Soweit der Schuldner nun dieses seiner eigenen Tätigkeit verdanke, wolle dieses § 281 gar nicht erfassen. Denn er gebe dem Gläubiger ausdrücklich den Ersatz nur „für den geschuldeten Gegenstand". Das beweise deutlich, daß § 281 nicht den rechtsgeschäftlichen Erwerb

[34]) *Planck-Siber § 281, 2 c stellt nicht einmal dieses Erfordernis auf.*

[35]) *Vergl. insbesondere Staudinger § 281 I 2. Oertmann § 281, 2 d. RGRK. § 281, 1. Planck-Siber § 281, 2 c. RG. 105, 84; 115, 31 und die dort angeführte weitere Literatur.*

[36]) *RG. 91, 263.*

[37]) *Ihering S. 5. Fischer H. A. S. 36.*

im Auge habe. Sonst hätte er eine Teilung des Ersatzes anordnen müssen. Davon sei nirgends die Rede.

Der Gegenmeinung wirft also diese Lehre[38]) vor, sie vernachlässige den Faktor: Tätigkeit des Schuldners vollkommen. Man sehe den Ersatz nur als das Ergebnis der Kapitalbenutzung an. Das sei falsch. Denn der durch die Tätigkeit erlangte Teil der Gegenleistung sei mindestens ebenso groß wie der Anteil, der aus der Kapitalbenutzung fließe, wenn man der Tätigkeit nicht gar das Übergewicht zusprechen wolle. Walsmann schließt an diese Gedankengänge, die auf der Kausalität aufbauen, noch eine weitere Erwägung an: Gerade vom Standpunkte des Kausalzusammenhanges aus, von dem aus die herrschende Lehre die Anwendung des § 281 auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb bejahe, müsse man sie verneinen. Der Ersatzberechtigte würde sonst einen Vermögensvorteil erhalten, den er bei normalem Verlauf der Dinge nicht gemacht hätte. Daß der Bereicherte den besonderen Gewinn nicht ohne jede fremde Vermögensmasse, hier also ohne die verkaufte Sache, gemacht hätte, sei sekundär. Entscheidend sei, daß dieser Vorteil sich nicht ohne die ganz außerhalb des normalen Verlaufs liegende Tätigkeit des Bereicherten eingestellt hätte.

Diese Einwendungen halten einer ernsthaften Prüfung nicht stand. Denn der Faktor Tätigkeit fällt gegenüber der Kapitalnutzung nicht ins Gewicht. Der Abschluß eines Rechtsgeschäftes erfordert gewöhnlich keine besondere Kraftanstrengung, sondern oft nur eine einfache Willenserklärung.[39])

Insbesondere kann man Walsmann nicht folgen, der für den entscheidenden Gesichtspunkt ansieht, daß der Gläubiger unmöglich einen Vermögensvorteil erhalten dürfe, den er bei normalem Verlauf nicht bekommen hätte. Es stimmt allerdings, daß der Gläubiger bei Erfüllung des Kaufvertrages vom Schuldner nicht einen Mehrwert erhalten hätte. Es kommt aber nicht auf den konkreten Verlauf an. Denn es soll doch gerade die Lage konstruiert werden, die bestände, wenn der Schuldner erfüllt hätte. Daher muß man allgemein fragen, ob auch der Gläubiger die Sache hätte so vorteilhaft verkaufen können, daß er den gleichen Gewinn erzielt hätte. Das wird häufig der Fall sein. Dann gebührt aber dem Gläubiger dieser Gewinn.[40]) Daher können keine Bedenken daraus hergeleitet werden, daß dem Werte nach der Ersatz die geschuldete Leistung übersteigt. Er steht zu ihr nicht in dem Verhältnis wie Schadensersatz zum Schaden. Vielmehr gilt für ihn das

---

[38]) *Korsch 114 S. 13. Walsmann JW. 26 S. 1244.*
[39]) *So schon Ihering a. a. O.*
[40]) *Werner JW. 27, S. 1142.*

Prinzip, das dem Verhältnis von Leistung zur Gegenleistung innewohnt. Er braucht nicht gleichwertig zu sein, sondern nur einen angemessenen Gegenwert darzustellen.[41]) Die Richtigkeit dieser Ableitung wird von § 323 Abs. 2 bestätigt. Bei Minderwertigkeit des Ersatzes kann der Gläubiger die Gegenleistung mindern, nicht aber ist angeordnet, daß sich bei einem Mehrwert die Gegenleistung erhöht. Da die ratio des § 323 den Vorteil des Gläubigers will, kann man aus dem Schweigen des Gesetzes nur folgern, daß der Schuldner den Mehrwert gegen die alte Gegenleistung herausgeben muß.[42]) Es ergibt sich somit, daß die historisch begründete, aber nicht gerechtfertigte Unterscheidung zwischen commodum ex re und ex negotiatione, die zu Unbilligkeiten führen muß, im BGB. keine Stütze mehr findet.

Wenn der Schuldner schon das herausgeben muß, was er ohne sein Zutun erlangt hat, dann muß er erst recht herausgeben, was er erlangt hat unter – mindestens objektiver — Vertragsverletzung. Nach der Gegenmeinung brauchte der vertragsbrüchige Schuldner dem Gläubiger nur Schadensersatz zu leisten; den überschießenden Betrag behalten zu dürfen, müßte ihm wie ein vom Gesetz gewährter Lohn für seine Treulosigkeit erscheinen.[43]) Selbst für den Fall, daß der Ersatz nicht die geschuldete Leistung übersteigt und der Gläubiger Schadensersatz fordern kann, entfällt nicht das Bedürfnis, den rechtsgeschäftlichen Erwerb dem Gläubiger zukommen zu lassen. Denn § 281 enthebt den Gläubiger des oft schwierigen Beweises, daß ihm ein Schaden entstanden sei, wie hoch dieser sei, und daß den Schuldner ein Verschulden treffe.

Es bestehen daher keinerlei Bedenken dagegen, § 281 auch auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb anzuwenden.

2.

Weniger zweifelhaft erscheint die Anwendung des § 281, wenn der Gläubiger die Unmöglichkeit durch eine zu vertretende Handlung selbst herbeiführt. Jedoch auch hier sind Bedenken laut geworden.

Zur Ablehnung des § 281 in diesem Falle neigt Schulz.[44]) Er stützt sich auf § 254, „sonst könnte der Käufer eines Hauses dieses in Brand stecken und über die Person des Verkäufers die Ver-

[41]) *Lehmann S. 43 und 45. Staudinger § 323 III.*
[42]) *Oertmann § 281, 2 d.*
[43]) *Mommsen S. 110. Planck-Siber § 281, 2 c „Vertragsbruch prämieren". Neukamp S. 792.*
[44]) *S. 6.*

sicherungssumme einziehen". Auch aus § 324 Satz 2 ergebe sich dies, da dieser nur Anrechnung, nicht Herausgabe des anderweitigen Erwerbes anordne.

Felixbrodt[45]) unterscheidet, ob der Gläubiger die Unmöglichkeit vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt hat. Er will den Ersatzanspruch ihm nur bei Fahrlässigkeit geben. Wollte man, so führt er aus, dem Gläubiger den Ersatz auch bei Vorsatz zusprechen, dann würde man eine Handlung verteidigen, die „wegen ihrer deliktischen Natur zum Schadensersatz verpflichtet" (S. 71). Konkurriere das Verschulden des Gläubigers mit dem des Schuldners, dann käme § 254 zur Anwendung.

Die Auffassungen von Schulz und Felixbrodt sind abzulehnen. Schulz führt als Begründung für seine Ansicht nur ein Beispiel an, anscheinend um die Unbilligkeit des entgegengesetzten Ergebnisses darzutun. Bei seiner Darstellungsart könnte man leicht zu der Ansicht kommen, daß dieses unbillig sei. Denn er verschweigt, daß der Schuldner Gegenansprüche hat. Dieser kann den Kaufpreis verlangen oder Schadensersatzansprüche geltend machen. Auch beruft sich Schulz zu Unrecht auf § 324 Satz 2.

Die Unterscheidung Felixbrodt's zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit entbehrt jeden Grundes. Er beruft sich auf Schollmeyer,[46]) Kleineidam,[47]) Kisch[48]) und Enneccerus-Lehmann.[49]) Aber ihm unterläuft hier ein Irrtum. Diese Schriftsteller führen zwar einen Fall an, in dem der Gläubiger fahrlässig handelt, aber offenbar nur als Beispiel, nicht als Regel. Daraus kann man nicht den Schluß ziehen, daß sie zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit scheiden. Würden sie dies tun, so würden sie es besonders hervorheben. Seine Begründung vermag weder seine Unterscheidung noch überhaupt seinen Standpunkt zu rechtfertigen. Denn auch eine fahrlässige Handlung ist ein Delikt und verpflichtet zum Schadensersatz. Wenn er im Falle eines konkurrierenden Verschuldens § 254 anwenden will, so ist unklar, was er damit meint. Er bezieht sich auf Reichsgericht 71 S. 191 f. Diese Entscheidung sagt aber nichts darüber, ob der Gläubiger den Ersatz verlangen dürfe oder ob sich etwa dessen Höhe nach § 254 bestimmt. Sie bringt nur zum Ausdruck, daß nach § 254 bestimmt werden soll, ob beide Teile oder nur ein Teil die Unmöglichkeit zu vertreten hat.[50])

---

[45]) *S. 69 ff.*
[46]) *§ 324.*
[47]) *S. 140.*
[48]) *S. 94.*
[49]) *II, 1 § 46 III, 3 Anm. 17.*
[50]) *RGRK. § 324, 1 a.*

§ 281 gilt vielmehr auch bei Verschulden des Gläubigers uneingeschränkt. Denn auf die Herausgabeansprüche hat ein Verschulden des Gläubigers keinen Einfluß. Das läßt schon § 255 erkennen. Würde der Schuldner vom Gläubiger Schadensersatz (aus § 823 oder § 987) fordern, dann könnte der Gläubiger Abtretung der Ersatzansprüche aus § 255 verlangen, trotzdem diese Vorschrift vom Schadensersatz und damit in der Regel vom Verschulden ausgeht. Um so mehr muß der Gläubiger den Ersatz nach § 281 beanspruchen können, der von jeglichem Verschulden absieht. Denn in den Materialien[51]) ist ausdrücklich erklärt, daß § 281 gilt ganz gleichgültig, ob den Schuldner ein Verschulden trifft oder nicht. Das Verschulden des Gläubigers ist aber ein Unterfall des Nichtverschulden des Schuldners. Eine Stütze findet diese Ansicht in der Vorgeschichte des § 324. Denn § 368 erster Entwurf bestimmte ausdrücklich, daß der Gläubiger den Ersatzanspruch nicht nur bei zufälliger Unmöglichkeit (§ 323 BGB.) haben sollte, sondern auch bei von ihm verschuldeter. Dieser Gedanke hat seinen Niederschlag gefunden in § 324 Abs. 1 Satz 2 und ist damit ins BGB. übergegangen. Die Billigkeit dieses Ergebnisses zeigt der Vergleich mit § 323. Hier erhält der Gläubiger den Ersatz sogar, wenn er frei wird, um so eher soll er ihn erhalten, wenn er Schadensersatz zu leisten oder die Gegenleistung zu erbringen hat. Anderenfalls wäre der Schuldner ungerechtfertigt bereichert.[52]) Da § 281 von jeglichem Verschulden beim Schuldner wie beim Gläubiger absieht, ist bei ihm kein Platz für den Grundgedanken des § 254. Auch bei konkurrierendem Verschulden erhält daher der Gläubiger den vollen Ersatz.

Der Gläubiger hat daher einen Anspruch auf diesen in jedem Falle, auch wenn er die Unmöglichkeit selbst herbeigeführt hat.

II.

Wie das römischrechtliche Vorbild sollte § 281 nach der Absicht des Gesetzgebers nur gelten, wenn eine Substanzleistung, nicht aber wenn eine Gebrauchsüberlassung oder eine Arbeitsleistung geschuldet wird. Er hat dies zum Ausdruck gebracht, indem er die Worte „für den geschuldeten Gegenstand" wählte.

[51]) *Prot. I S. 316.*

[52]) *Kisch S. 94. Kleineidam S. 94. Schollmeyer § 324 Nr. 2. RG. Gruch. 62, 783. Warn. 18 Nr. 160. RG. 111, 303. Planck-Siber § 281, 1; § 324, 3; § 265, 3 b, δ —. Staudinger § 281 II 3; § 324 I 3 b aa β. Oertmann § 324, 7. Kreß S. 427 Anm. 6. RGRK. § 324, 1 a; § 281, 1.*

Zum Verständnis des Unterschiedes haben wir uns vor Augen zu halten, daß man die Leistungen in Sach- und Arbeitsleistungen einteilen kann. Dieser Einteilung folgt auch das Gesetz im besonderen Teil der Schuldverhältnisse. Die ersten fünf Titel (§§ 433 — 610) behandeln die Sachleistungen, die folgenden acht (§§ 611 — 704) die Arbeitsleistungen. Bei den Sachleistungen haben wir zu unterscheiden zwischen denjenigen, die auf Substanzleistung (§§ 433 — 534) gehen und denjenigen, die eine Gebrauchsüberlassung (§§ 535 — 606) zum Gegenstande haben. Das Darlehn (§§ 607 ff.) steht in der Mitte.[1]) Die Substanzleistung geht auf die dauernde Übertragung der Sache, während bei der Gebrauchsüberlassung nicht die Sache selbst, sondern nur ihr Gebrauch bezw. ihre Nutzung geschuldet ist (Miete, Pacht).

In § 238 erster Entwurf standen nun nicht die Worte „für den geschuldeten Gegenstand", sondern „für den Gegenstand der letzteren" (nämlich der Leistung). Diese Fassung wurde von Laband[2]) als zu abstrakt getadelt, da man unter „Gegenstand" auch die Gebrauchsüberlassung bei Miete oder Pacht oder überhaupt Handlungen und Unterlassungen verstehen könne.[3]) Um einer solchen Auslegung vorzubeugen, müsse konkret bestimmt werden, daß er nur gelte, wenn die Übertragung einer Sache geschuldet werde. Auf diese Kritik Laband's hin wurde die betreffende Stelle durch den Ausdruck „für den geschuldeten Gegenstand" ersetzt. Daraus ist klar ersichtlich, daß der Gesetzgeber die Anwendung des § 281 auf andere Fälle nicht gestatten wollte. Er versteht unter Gegenstand nur Sachen und Rechte, nicht Handlungen und Unterlassungen.[4])

Bereits bei der Frage, ob § 281 auch den rechtsgeschäftlichen Erwerb erfaßt, konnten wir erkennen, daß der Gesetzgeber den Gedanken der Surrogation, beeinflußt vom römischen Recht, in unbegründeter, formalistischer Enge gesehen und entsprechend in § 281 gestaltet hat, während das Prinzip auch darüber hinaus Geltung beanspruchen kann. Deswegen darf der Wortlaut allein keine Schranke für eine ausdehnende Auslegung sein, wenn dieser keine juristische Bedenken begegnen und sie dem Rechtsgefühl entspricht.

Durch die Formulierung „für den geschuldeten Gegenstand" sind wir daher nicht gebunden, darunter nur Sachen und Rechte zu

---

[1]) *Leonhard Allgemeines Schuldrecht S. 83.*

[2]) *Arch. Ziv. Prax. 73 S. 196/97.*

[3]) *Vergl. auch § 206 1. Entw. (= § 241 BGB.): „Gegenstand eines Schuldverhältnisses kann ein Tun oder Unterlassen des Schuldners (Leistung) sein."*

[4]) *Staudinger § 281 I 1 a.*

zählen, um so weniger, als wir hier nicht zum ersten Male diesem Ausdruck einen weiteren Sinn beilegen würden. Denn in § 279 versteht man unter dem „geschuldeten Gegenstande" auch unkörperliche Gegenstände, insbesondere Handlungen.[5])

Es ist auch nichts Ungewöhnliches, die geschuldete Handlung, namentlich wenn sie in Diensten besteht, als den Gegenstand der Leistung, als den geschuldeten Gegenstand zu bezeichnen. Dies ist vielmehr allgemeiner juristischer Sprachgebrauch, obwohl, streng genommen, die Forderung als Beziehung von Person zu Person keinen Gegenstand haben kann.[6])

Wenn es daher dem Grundgedanken des § 281 nicht widerspricht, kann diese Vorschrift auch auf die Fälle angewendet werden, in denen die Gebrauchsüberlassung oder eine Handlung bezw. Unterlassung geschuldet ist. In dieser Richtung hat sich die Untersuchung weiter zu bewegen.

1.

Wird dem Gläubiger nur der Gebrauch oder die Nutzung einer Sache geschuldet, dann geht sein Anspruch nicht auf die Sache selbst, sondern eben nur auf ihren Gebrauch (Miete) oder ihre Nutzung (Pacht). Von einigen Schriftstellern[7]) wird nun die Anwendung des § 281 ohne weitere Begründung einfach damit abgelehnt, daß diese Vorschrift nur gelte, wenn die geschuldete Sache für dauernd übertragen werden soll (Substanzleistung). Sie gehen daher auf das eigentliche Problem nicht ein.

Eine andere Meinung[8]) hält die Ausdehnung deshalb nicht für zulässig, weil zwischen dem Gegenstande, dessen Leistung unmöglich geworden ist und demjenigen, für den der Schuldner den Ersatz erlangt hat, Identität bestehen müsse. Das sei hier nicht der Fall. Denn der Ersatz sei für die Sache selbst erlangt, während nur ihr Gebrauch oder ihre Nutzung geschuldet sei.

Andere[9]) verkennen nicht, daß es Fälle gibt, in denen der Schuldner den Ersatz gerade für die Entziehung des geschuldeten Gebrauchs erlangt, und lassen hier § 281 eingreifen; im übrigen lehnen sie aber die Anwendung der Bestimmung ab.[10])

---

[5]) *Staudinger § 279, 1. Planck-Siber § 279, 1.*

[6]) *Enneccerus-Lehmann § 1 II, 3.*

[7]) *Titze S. 120. Kreß § 19, 1 c S. 407.*

[8]) *Staudinger § 281 I 2. Goldmann-Lilienthal § 85, 1 c β und Anmerkung 26 S. 336.*

[9]) *Kisch S. 205.*

[10]) *Der RGRK. nimmt zu diesen Fragen überhaupt nicht Stellung.*

Für die Stellungnahme zu den vertretenen Ansichten und für die Prüfung, ob § 281 Anwendung finden kann, ist es notwendig, eine Dreiteilung vorzunehmen: Der Schuldner erlangt den Ersatz

1. gerade und nur für den geschuldeten Gebrauch oder die geschuldete Nutzung,
2. für die Sache und den geschuldeten Gebrauch bezw. die geschuldete Nutzung,
3. für die Sache selbst.

Die Sachlage im ersten Falle mögen einige Beispiele zeigen! A vermietet ein Fahrzeug an B. Anstatt es ihm vertragsgemäß herauszugeben, überläßt er es mietweise an C. — Der Eigentümer eines Grundstückes hat dieses verpachtet und verpachtet es noch einmal gelegentlich einer Veranstaltung als Festwiese. — Ein verpachtetes Grundstück wird von der Militärbehörde zwangsweise für eine bestimmte Zeit zu Schießzwecken „erpachtet".[11]) In diesen Beispielen erhält der Schuldner die Gegenleistung nicht für die Substanz der Sache, sondern für deren Gebrauch. Dieser war aber dem Gläubiger aus dem ersten Vertrage geschuldet. Hier ist die Rechtsgleichheit mit den Fällen unbestrittener Anwendung so groß, daß man § 281 unbedenklich darauf erstrecken wird.[12])

Dasselbe gilt, wenn der Schuldner, deutlich getrennt, Ersatz sowohl für die Sache selbst als auch für die Entziehung des Gebrauchs erhält.[13]) Diese Fälle dürften aber seltener sein.

Es bleibt somit noch der Fall, in dem der Schuldner den Ersatz für die Sache selbst erhält. Gegen die Ansicht, daß hier Identität zwischen dem geschuldeten Gegenstand, für den der Schuldner Ersatz erhält, und demjenigen, dessen Leistung unmöglich ist, fehle, führt Felixbrodt[14]) aus: Der Kapitalswert der geschuldeten Sache sei bedingt durch ihren Gebrauchswert, sei eine Funktion desselben. Daher sei in dem Ersatz für den Kapitalswert der Ersatz für die geschuldete Gebrauchsüberlassung enthalten. Es liege daher Identität vor.

Die Ansicht Felixbrodt's kann nicht gebilligt werden. Seine volkswirtschaftlich richtige Feststellung über das Verhältnis von Kapitalswert und Gebrauchswert und die dementsprechende Aufteilung des Ersatzes vermögen nicht darzutun, daß Identität vorliegt. Denn geschuldet wird nicht der Gebrauchswert, sondern die davon verschiedene Gebrauchsüberlassung. Daß der Gebrauchswert der Berechnung der Höhe des Ersatzes unter Umständen zugrunde

[11]) *Kisch S. 205.*
[12]) *Planck-Siber § 281, 2 c. Kisch S. 205. Schulz S. 7.*
[13]) *Planck-Siber a. a. O.*
[14]) *S. 77 f.*

gelegt wird, kann nicht Grund für dessen teilweise Herausgabe sein. Er ist dann nur Rechnungsfaktor, aber keineswegs identisch mit dem konkreten geschuldeten Gebrauch, weder ganz noch teilweise. Er kann es niemals sein, da er immer eine abstrakte, nur gedachte Größe darstellt. Nicht einmal eine potentielle Identität im Sinne Levy's[15]) ist zwischen ihnen gegeben, da der konkrete Gebrauch nicht in die Berechnung eingesetzt wird.

Aber trotzdem ist die Anwendung des § 281 auf diese Fälle nicht allgemein abzulehnen, wie Werner bei Staudinger[16]) es will. Denn es ist unter Umständen möglich, den Nachweis der Identität zwischen der konkreten Gebrauchsüberlassung und dem Ersatz zu führen. Die Sachlage kann so sein, daß der Schuldner den Ersatz nur nominell für die geschuldete Sache erlangt, daß objektiv aber in ihm auch der Ersatz für die geschuldete Leistung enthalten ist, und zwar in einer Weise, die den Anforderungen der Identität genügt. A. hat an B. einen Laden vermietet, aber noch nicht übergeben. Dieser befindet sich in A.'s Hause, das einen Wert von 80 000 RM. hat. C., ein Konkurrent des B., will verhindern, daß B. einzieht. Er tritt in Verhandlungen mit A., um dessen Haus für 80 000 RM. zu kaufen und in dem Laden selbst ein Geschäft einzurichten. A. ist nicht bereit, zu dem gebotenen Preise zu verkaufen, weil er dann den Vertrag nicht erfüllen könne und Ersatzansprüche fürchte. Darauf bietet C. eine höhere Summe „für das Haus". A. verkauft. B. kann hier Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Er wird aber auch den überschießenden Teil des Kaufpreises als Ersatz für die ihm geschuldete Gebrauchsüberlassung fordern dürfen. Denn jener ist an ihre Stelle getreten. A. hat den Mehrwert nur erhalten, damit er den B. für die Unmöglichkeit der Leistung entschädigen kann, ohne die Summe anzugreifen, die dem Wert des Hauses entspricht. Hier tritt die Identität deutlich zutage.

Allgemein muß daher gelten, daß der Gläubiger Ersatz verlangen darf, wenn sich der geschuldete Gebrauch nachweislich kausal auf die Höhe des Ersatzes „für die Sache" ausgewirkt hat. Das ist der Fall, wenn der Ersatz höher ist, als er wäre, wenn die Sache nicht vermietet oder verpachtet wäre. Der Mehrwert ist herauszugeben. Denn zwischen ihm und dem geschuldeten Gebrauch oder der geschuldeten Nutzung besteht dann Identität. Der Schuldner erhält den Ersatz nur scheinbar für die nichtgeschuldete Sache allein.

Es liegt kein Grund vor, diesen Tatbestand anders zu be-

---

[15]) *JW. 20, 551.*
[16]) *§ 281 I 2.*

urteilen als den zu 2. Es kann keinen Unterschied ausmachen, ob der Ersatz für die nichtgeschuldete Sache, getrennt von dem Ersatz für die geschuldete Überlassung, gezahlt wird, oder ob beide Beträge erkennbar in einer Summe in Erscheinung treten. Wenn aber die geschuldete Gebrauchsüberlassung nicht den Ersatz beeinflußt, hat der Gläubiger keinen Anspruch. So wird es meistens sein. Denn der Wert der zeitlich beschränkten Gebrauchsüberlassung wird im Verhältnis zum Wert des Eigentums keine Rolle spielen. (Der Wert eines Buches und eine Mietgebühr von 10 Pf. für den Monat). Deswegen darf man nicht regelmäßig dem Gläubiger einen Anspruch auf einen Teil des Ersatzes geben.[17]) Dagegen kann man diesen Anspruch nicht deswegen ausschließen, weil dessen Berechnung schwierig ist.[18]) Hier greift § 287 ZPO. ein.

Außerhalb dieser Erwägungen steht die Beobachtung, daß dem Schuldner neben der Ersatzsumme noch Zinsen, insbesondere Verzugszinsen zustehen. Diese sind ihrer inneren Natur nach Ersatz für den entzogenen Gebrauch, den die ersetzte Sache gewährte. Daher sind sie, soweit sie der Schuldner erhält, für die Zeit der Gebrauchsentziehung dem Gläubiger herauszugeben.[19])

Eine andere Frage ist es, ob der Gläubiger nicht die Vorschriften über die Miete und Pacht vorziehen wird. Sie spricht aber nicht dagegen, ob es dogmatisch richtig ist, § 281 anzuwenden, wenn der Gebrauch oder die Nutzung einer Sache geschuldet ist.

2.

Die geschuldete Handlung oder Unterlassung wird unmöglich. Hier hält Kisch[20]) einen Ersatz für nicht denkbar. Es werde dem Schuldner kein Vermögensobjekt entzogen. Es liege somit nichts vor, was ersetzt werden könnte. Der Schuldner könnte höchstens für den vereitelten Anspruch auf die Gegenleistung oder für die verlorene Handlungsfähigkeit, nicht aber für die verhinderte konkrete Handlung entschädigt werden.

Nipperdey bei Staudinger[21]) führt noch § 616 Satz 2 an. Dieser habe Ausschließlichkeitscharakter und verbiete daher die Anwendung des § 281 auf geschuldete Dienste.

---

[17]) *A. A. Schollmeyer § 281, 2 d. Enneccerus - Lehmann § 46 II b.*

[18]) *Kisch S. 207 Anm. 26.*

[19]) *Planck-Siber § 281, 2 c. Schulz S. 24.*

[20]) *S. 204/5.*

[21]) *§ 616 VI 2.*

Kisch gegenüber betonen andere,[22]) es komme auf die geschuldeten konkreten Dienste nicht an. Diese seien nur ein Ausfluß der Arbeitskraft, ein Teil von ihr. Man könne also die konkreten Dienste nicht von der Arbeitskraft trennen, diese sei ebenso geschuldet. Für diese erhalte der Schuldner, wenn sie beeinträchtigt werde, die Entschädigung, nicht für den entzogenen Anspruch auf die Gegenleistung. Es sei also ein Gegenstand da, für den der Ersatz eintrete. Es bestehe daher auch hier Identität.

Kisch geht von der Voraussetzung aus, daß man unter Gegenstand nur einen körperlichen Gegenstand, eine Sache oder höchstens ein Recht verstehen dürfe. Entsprechend dieser Anschauungsweise sucht er nach dem geschuldeten Gegenstand, für den der Ersatz eintreten könnte.[23]) Von dieser zu engen Auffassung machen sich die Schriftsteller frei, die den geschuldeten Gegenstand in der Arbeitskraft sehen. Wenn sie ferner behaupten, dem Erfordernis der Identität damit vollauf zu genügen, so könnte man ihnen Bedenken entgegensetzen. Man kann einwenden, die Arbeitskraft sei etwas Kontinuierliches. Es könnte sein, daß der Schuldner für einen anderen Abschnitt von ihr Ersatz erhält, als für den, den er schuldet. Es handelt sich dann zwar um dieselbe Arbeitskraft, aber offenbar ist keine Identität vorhanden. Wir müßten daher die Ansicht dieser Schriftsteller verwerfen. Wir könnten sie nur dann aufrecht erhalten, wenn wir nachweisen können, daß bei Dienstleistungen die Frage nach der Identität überflüssig ist, oder daß hier diesem Erfordernis eine andere Bedeutung zukommt, als wir sie ihm eben gaben.

Wenn der Schuldner eine Sache zu leisten hat und er einen Ersatz erlangt, dann ist es erforderlich, daß er diesen gerade für die geschuldete Sache erlangt. Denn er ist im Besitze vieler Vermögensobjekte. Der Gläubiger kann aber nicht den Ersatz für eine beliebige Sache herausverlangen, sondern nur denjenigen für die geschuldete Sache. Also weil der Schuldner auch eine Entschädigung für nichtgeschuldete Sachen seines Vermögens erhalten kann, auf diese der Gläubiger aber keinen Anspruch haben soll, mußte in den § 281, der nur für Sachen und Rechte gedacht war, das Erfordernis

---

[22]) *Schollmeyer § 281, 2c. Oertmann Schadensersatzanspruch S. 24; vergl. Lotmar II S. 212.*

[23]) *Ganz besonders weit führt diesen Gedanken Lungershausen durch. Er setzt Arbeitskraft gleich Sache, in der konkreten Dienstleistung sieht er eine Gebrauchsüberlassung der Arbeitskraft. Diese Anschauung entspricht aber nicht dem BGB. Sie ist römischrechtlich. Sie macht den Dienstvertrag zu einem Unterfall der Miete; vergl. das Beispiel mit der Holzschneidemaschine S. 104 f.*

der Identität („für den geschuldeten Gegenstand") aufgenommen werden.

Anders, wenn Dienste geschuldet werden. Diese sind ein Ausfluß der Arbeitskraft. An der Richtigkeit dieses Gedankens kann kein Zweifel bestehen. Die Arbeitskraft ist aber für den Schuldner nur einmal vorhanden. Sein Vermögen besteht sozusagen nur aus einem einzigen Objekt.[24]) Daher kann hier die Identität nicht in dem gleichen Sinne verstanden werden wie bei einer Sachschuld. Was für die Sache die Körperlichkeit ist, ist für die Handlung, für die Dienste die Zeitdauer.[25]) Diese muß daher ausschlaggebend für die Identität sein. Der Schuldner hat also dem Gläubiger das herauszugeben, was er für die Zeit erhält, für die ihm die Leistung der Dienste unmöglich ist, sei es, daß die Unmöglichkeit ohne seinen Willen eingetreten ist, oder daß er sie selbst durch freiwillige Dienstleistungen an einen Dritten herbeigeführt hat. Natürlich muß auch hier Kausalzusammenhang zwischen dem Eintritt der Unmöglichkeit und dem Anfall des Ersatzes bestehen.

Zur Stützung dieser Ansicht können wir darauf hinweisen, daß sie der Auffassung des Gesetzgebers entspricht. Dies ergibt sich aus den §§ 324 Satz 2, 616 Satz 2. § 324 Satz 2 spricht von dem, was der Schuldner „durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt". Aus dem Zusammenhang ist zu ergänzen, daß dieser Erwerb natürlich nur für die Zeit berücksichtigt werden darf, die der Schuldner auf die Erbringung der Gegenleistung hätte verwenden müssen. In § 616 Satz 2 wird das Zeitmoment ausdrücklich erwähnt („für die Zeit der Verhinderung").

Den Nachweis für die Unrichtigkeit dieser Ansicht kann man nicht aus § 616 Satz 2 führen. Denn diese Vorschrift hat nichts mit der dogmatischen Frage zu tun, ob § 281 auch auf Handlungen anzuwenden ist. Freilich wird man im Einzelfall zu berücksichtigen haben, ob die Anwendung des § 281 nicht gegen das Gebot der Ausschließlichkeit jener Bestimmung verstößt. Hierher gehört es aber nicht festzustellen, wann dies der Fall ist, oder zu prüfen, ob die herrschende Lehre dem § 616 Satz 2 eine zu große Ausdehnung gibt, ob er vor allen Dingen auch die Anrechnung verbietet, wenn der Verpflichtete freiwillig durch Leistungen von Diensten an Dritte gegen Entgelt die Unmöglichkeit herbeiführt. Selbst bei Anerkennung der herrschenden Meinung gibt es Fälle, in denen § 281 nicht ausgeschlossen ist: z. B. der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer den vollen Lohn gezahlt. Solange dieser die Leistung der Versicherung noch nicht erhalten hat, kann der Arbeitgeber nach

[24]) *Hueck-Nipperdey II S. 13.*
[25]) *Planck-Siber § 281, 2 c.*

§ 281 die Abtretung des Anspruches auf diese verlangen. Wenn der Verpflichtete die Entschädigung bereits erhalten hat, kann der Berechtigte deren Herausgabe verlangen. Dadurch erzielt er das gleiche Ergebnis, wie es § 616 Satz 2 haben will. § 281 geht hier nicht über diese Vorschrift hinaus, sondern führt wirtschaftlich dieselbe Anrechnung herbei.[26])

Wir bejahen mit der Anwendung des § 281 auf Handlungen nicht die davon verschiedene Frage, ob er auch die von § 616 Satz 2 ausgeschlossenen Fälle erfaßt. Daher wäre es nicht richtig, die Unbilligkeit der Ausdehnung unserer Vorschrift dadurch beweisen zu wollen, daß man dartut, § 281 würde den § 616 Satz 2 praktisch aufheben.[27]) Daß im Gegenteil die Billigkeit für unsere Ansicht spricht, können wir durch die Anführung der §§ 61, 113, 236, 326 HGB. aufzeigen. Diese verschaffen dem Gläubiger schon dann die gleichgünstige Lage, wenn dem Verpflichteten die Leistung seiner Dienste nicht unmöglich geworden ist.

Daher ist die Anwendungsmöglichkeit des § 281 zu bejahen, wenn Handlungen geschuldet werden.[28])

Dagegen dürfte die Erstreckung des Surrogationsgedankens auf die Unterlassung[29]) dem inneren Wesen des Prinzips widersprechen. Es ist zwar nicht davon abhängig, daß gerade eine Sache geschuldet wird. Aber es setzt ein Positivum voraus, das dem Vermögen des Gläubigers direkt zugeführt werden soll. Das ist bei der Unterlassung nicht der Fall. Daher ist hier die Surrogation begrifflich ausgeschlossen.[30])

---

[26]) *Lotmar II S. 212 f.*

[27]) *Kisch S. 205 Anm. 18.*

[28]) *Ebenso Kleineidam S. 117. Schollmeyer § 281, 2 c. Schulz S. 9. Planck-Siber § 281, 2 c. Lotmar II S. 182, 212 ff. a. A. Kisch S. 205. Staudinger verneinend § 281 I 1, § 616 VI; bejahend § 324 I 3 b β. Oertmann verneinend § 281, 2 e; bejahend § 324, 7; ebenso bejaht das französische Recht die Ausdehnung der Surrogation auf Handlungen (trotz „corps-certain et déterminé" in Art. 1302/3) vergl. Zachariä-Crome II § 311 S. 377 und Heinsheimer Anm. zu Art. 1302 ff.*

[29]) *Es kommen nur die primären Unterlassungspflichten in Frage. Staudinger § 241, 5 Vorbem. A I 1 vor § 275 ff.*

[30]) *Lehmann Unterlassung S. 256. Staudinger § 281 I 1 a; a. A. Schulz S. 30 ff. Felixbrodt S. 80 ff.*

III.

Die Frage, ob § 281 auch bei Gattungsschulden angewendet werden kann, war bis zum Kriege fast überhaupt nicht geprüft worden.[1]) Erst die durch die Kriegsbeschlagnahme geschaffene Rechtslage gab Anlaß zu eingehenden Erörterungen. Seitdem ist das Problem heftig umstritten.

Man[2]) führt aus: § 281 sei eine Vorschrift, die grundsätzlich für alle Arten von Schuldverhältnissen gelte. Das ergebe sich aus ihrem Inhalt und ihrer Stellung im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse. Daher finde er auch auf Gattungsschulden unmittelbare Anwendung. Denn würde er nur bei Speziesschulden in Frage kommen, dann würde das Gesetz nicht von dem „geschuldeten Gegenstand" sprechen, sondern von der „geschuldeten Sache". Gegenstand sei ein weiterer Begriff als Sache. Auch bei der Gattungsschuld werde ein Gegenstand geschuldet. Das ergebe sich aus deren Wesen und auch aus dem Wortlaut des § 279 („Ist der geschuldete Gegenstand . . .").

Diese Beweisführung geht am entscheidenden Gesichtspunkt vorbei. Denn der Verpflichtete muß denselben Gegenstand, für den er Ersatz erlangt, geschuldet haben. Ersetzt kann man nur bestimmte, konkrete Einzelsachen erhalten. Bei der Gattungsschuld wird aber nur ein abstrakter Gegenstand geschuldet, der nach Gattungsmerkmalen bestimmt ist. Er hat keine körperliche Existenz, sondern existiert nur in der Vorstellung der Parteien. Nimmt man den Fall, daß bei einer Gattungsschuld einige Sachen, die dem geschuldeten genus angehören, dem Schuldner ersetzt werden, dann kann der Gläubiger vor der Individualisierung nicht behaupten, gerade diese seien ihm geschuldet worden. Hier ist die Identität zwischen dem geschuldeten Gegenstand und dem Gegenstand, für den der Schuldner Ersatz erlangt hat, begrifflich ausgeschlossen. Die ersetzten konkreten Einzelsachen wurden dem Gläubiger nicht geschuldet. Er konnte ihre Leistung nicht fordern. Ihr verschuldeter Untergang begründet keine Schadensersatzpflicht für den Schuldner. Denn die Leistung des geschuldeten Gegenstandes ist ihm, solange noch die Gattung besteht, nicht unmöglich geworden; ebensowenig wäre er bei unverschuldeter Unmöglichkeit, diese zu leisten, nicht nach § 275 frei geworden. Da er die ersetzten Sachen nicht geschuldet hat, fehlt die Voraussetzung für die unmittelbare

[1]) *Nur Mommsen S. 7.*

[2]) *RG. LZ. 16, 1057. Neukamp Gruch. 59, 787. Bundschuh DJZ. 15, 992.*

Anwendung des § 281.[3]) Das gilt in gleicher Weise für die unbeschränkten wie die beschränkten Gattungsschulden, da zwischen ihnen rechtlich kein Unterschied besteht.[4]) Das Reichsgericht (Bd. 93, 142; Bd. 95, 21; JW. 20, 551) hat nun in einem besonderen Falle die analoge Anwendung des § 281 bei Gattungsschulden zugelassen: Die Lieferung der geschuldeten Gegenstände soll aus einem bestimmten Vorrat erfolgen. Dieser wird seinem ganzen Umfange nach beschlagnahmt. Der Schuldner erhält für den gesamten Vorrat Ersatz. Das Reichsgericht läßt unerörtert, ob es sich um eine unbeschränkte oder beschränkte Gattungsschuld handelt. In diesem Falle hat der Schuldner den Ersatz nach dem Verhältnis der geschuldeten Menge zum Gesamtvorrat ganz oder zum Teil herauszugeben. Denn hier hat er zugleich für den geschuldeten Gegenstand Ersatz erlangt. Das ergibt sich nicht direkt, sondern nur indirekt. Denn in der Entschädigung ist der Ersatz für den geschuldeten Gegenstand „mit begrifflicher Notwendigkeit" enthalten.

In diesen Fällen ist dem Erfordernis der Identität voll Genüge getan. Denn der Schuldner konnte den zu leistenden Gegenstand nur dem ersetzten Vorrat entnehmen; und welchen Gegenstand man auch aus dem Vorrat herausgreift, für jeden ist ein Ersatz da. Daraus ergibt sich, daß der Gläubiger den Schuldner auch dann nach § 281 in Anspruch nehmen kann, wenn dieser für die ganze — unbeschränkte wie beschränkte — Gattung Ersatz erhält.

Es erhebt sich die Frage, ob man nach diesem Vorgang die analoge Anwendung unserer Vorschrift auf Gattungsschulden allgemein bejahen kann. In der Rechtsprechung[5]) und Literatur[6]) wird dieser Standpunkt vielfach vertreten. Man stützt sich dabei vor allem auf Billigkeitserwägungen. Ausgangspunkt ist folgender Tatbestand: Es liegt eine Gattungsschuld vor. Der Schuldner ist im Besitze einer größeren Menge von Sachen, die derselben Gattung angehören. Vor der Leistung erfolgt die Beschlagnahme der gesamten Gattung. Der Schuldner erhält dadurch für den bei ihm beschlagnahmten Vorrat höherwertigen Ersatz. Muß er diesen herausgeben?

[3]) *RG. 88, 288. JW. 16, 1333.*

[4]) *RG. JW. 17, 463 und 968. Recht 18, 1123. Levy JW. 20, 551.*

[5]) *OLG. Hamburg JW. 16, 445. OLG. Köln JW. 17, 373. OLG. Celle LZ. 16, 1058. OLG. Breslau 33, 211. OLG. Königsberg JW. 17, 377.*

[6]) *Kluckhohn JW. 15, 1222. Plum JW. 17, 615. Fuchs JW 17, 323. Hachenburg JW. 17, 463. Bundschuh DJZ. 15, 990. Wassermann JW. 14, 1006. Lehmann S. 44. Wunderlich LZ. 15, 488. Levy JW. 20, 551.*

Man kann die Ausdehnung des § 281 auf Gattungsschulden nicht mit allgemeinen Billigkeitsgedanken rechtfertigen, wenn jene mit dem Grundgedanken der Surrogation im Widerspruch steht. Die Analogie ist nur erlaubt, wenn eine ähnliche Rechtslage da ist, wie sie für die Anwendung des Surrogationsprinzips vorausgesetzt werden muß. Bei der Speziesschuld verlangt § 281, daß eine konkrete Sache geschuldet wird. Der Schuldner ist gebunden, gerade sie zu leisten, der Gläubiger kann ihre Leistung fordern. Sie ist im Vermögen des Schuldners schon zugunsten des Gläubigers durch das Schuldverhältnis erfaßt. Der bei ihrem Wegfall an ihre Stelle tretende Ersatz tritt daher naturgemäß auch in das alte Schuldverhältnis ein, das den auf ihn gerichteten Leistungsanspruch aus sich erzeugt. Bei der Gattungsschuld hat der Gläubiger keinen Zugriff auf eine bestimmte Sache, er kann nicht die Leistung einer bestimmten Sache verlangen. Keine der konkreten Einzelsachen im Vermögen des Schuldners, die unter die Gattung fallen, ist in das bestehende Schuldverhältnis eingetreten. Sie stehen frei im Vermögen des Schuldners ohne Bindung an das Vermögen des Gläubigers. Wenn eine von ihnen ersetzt wird, kann daher das Schuldverhältnis den Ersatz folgerichtig nicht ergreifen.

Die analoge Anwendung des § 281 hängt infolgedessen davon ab, ob sich ein Analogon für das Geschuldetsein der Sache bei der Speziesschuld finden läßt. Dieser rechtlichen Gebundenheit der Sache und des Schuldners muß die tatsächliche Notwendigkeit entsprechen, daß gerade die ersetzten Sachen geleistet worden wären. Wenn man dem Wesen der Gattungsschuld gerecht werden will, kann man als Analogon nicht die Wahrscheinlichkeit genügen lassen, daß die ersetzten Sachen geleistet worden wären. So reicht es nicht aus, daß der Schuldner bis zur Beschlagnahme erweislich den Willen hatte, gerade sie zu leisten. Er hat z. B. bereits Weisungen in seinem Betriebe erteilt, die noch keine Individualisierung bedeuten. Damit ist kein Beweis dafür erbracht, daß er diese Sachen wirklich in das Schuldverhältnis eingeführt hätte. Die Gegenmeinung muß die Entscheidung auf ein unsicheres, schwer beweisbares subjektives Moment, das in der freien Willenssphäre des Schuldners liegt, aufbauen. Das gilt vor allem für die Verhältnisse wie sie sich beim Kaufmann finden. Bei einem Warenlager z. B. besteht regelmäßig ein ständiger Zu- und Abgang. Es ist daher immer mit der Möglichkeit zu rechnen, daß der Kaufmann noch umdisponiert. Man kann die Entscheidung auch nicht von der Zufälligkeit abhängig machen, ob der Vorrat zur Leistung ausgereicht hätte oder nicht. Es muß vielmehr entsprechend der rechtlichen Gebundenheit des Schuldners und der Sache bei der Speziesschuld für die Gattungsschuld die tatsächliche Notwendigkeit gegeben sein,

daß der Schuldner gerade die ersetzten Sachen und keine anderen leisten konnte. Solange die Lage nicht so ist, daß er überhaupt nur aus einem bestimmten Vorrat erfüllen konnte, ist keine genügende Sicherheit dafür da, daß er gerade aus diesem seiner Vertragspflicht nachgekommen wäre. Der Wille des Gesetzes geht dahin, daß der Schuldner bei Gattungsschulden bis zur Individualisierung frei sein soll. Gegen diesen Grundsatz verstößt man zum Nachteil des Schuldners, wenn man das Erfordernis der „reellen" Identität ersetzen will durch einen gewissen Grad von Wahrscheinlichkeit. Zu Unrecht spricht hier Levy [7]) davon, daß „potentielle" Identität vorliege. Denn es ist gerade nicht erwiesen, ob die ersetzten Sachen identisch zur Leistung gekommen wären. Ebensowenig können wir ihm folgen, wenn er für entscheidend hält, daß nach der Beschlagnahme „jede denkbare Konzentration mit begrifflicher Notwendigkeit immer nur beschlagnahmte und zwangsmäßig zu veräußernde (oder veräußerte) Waren . . . zutage fördern könnte" und so aus der Gattungsschuld eine Speziesschuld geworden sei. Denn auf die Lage nach der Beschlagnahme kommt es nicht an. Es ist also nicht möglich, die Gattungsschuld allgemein mit dem Surrogationsgedanken in Einklang zu bringen.

Daher kann § 281 auf Gattungsschulden unmittelbar überhaupt nicht, mittelbar nur in besonderen Fällen angewandt werden.

IV.

Obwohl § 281 ein Fall der schuldrechtlichen Surrogation ist und demgemäß im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse steht, ist die Frage aufgeworfen worden, ob er auch im Zusammenhang mit dem Eigentumsherausgabeanspruch gilt.

Das Reichsgericht hat in Bd. 105, 84 ff. diese Frage bejaht. Ihm lag folgender Fall zur Entscheidung vor: Einem Kaufmann war Leder gestohlen worden. Von den Dieben ging es im Wege der Veräußerung durch mehrere Hände. Jeder Abnehmer erzielte beim Weiterverkauf einen Gewinn. Das Leder war schließlich nicht mehr aufzufinden. Es sollte entschieden werden, ob der Bestohlene die Gewinne herausverlangen dürfe. Das Reichsgericht glaubte, mit § 281 helfen zu können. Es stellte zunächst fest, daß der Bestohlene gemäß § 935 Eigentümer geblieben war. Es führt dann weiter aus, daß man auch in den dinglichen Beziehungen zwischen zwei Personen ein Schuldverhältnis im Sinne des BGB. erblicken könne, und daß infolgedessen die allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse auf den dinglichen Anspruch anwendbar seien, soweit sich

[7]) *JW. 20, 551.*

nicht aus dessen besonderer Natur und aus den für ihn geltenden Bestimmungen das Gegenteil ergebe. Der Eigentumsherausgabeanspruch sei nur nach seiner Herkunft von den schuldrechtlichen Ansprüchen verschieden, aber inhaltlich gehe er auf die gleiche Leistung. Daher treffe auch § 281 auf ihn zu.

Keine Bedenken seien daraus herzuleiten, daß die §§ 985 ff. eine abschließende und erschöpfende Regelung enthielten (arg. §§ 987—993). Möge dadurch auch die Heranziehung anderer Vorschriften über Schadensersatz verboten sein, so treffe dies nicht den § 281, da die Ersatzherausgabe nicht als Schadensersatz anzusehen sei.

Für die Anwendung des § 281 auf den Herausgabeanspruch sprechen sich ferner aus Werner[1]) und Dölle.[2])

Diese Auffassung kann nicht gebilligt werden. Es ist zweifellos richtig, daß grundsätzlich die Vorschriften des allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse auch auf den dinglichen Anspruch angewandt werden dürfen. Diesen Standpunkt nehmen schon die Motive[3]) und Protokolle[3]) ein. Er läßt sich auch aus dem Gesetze selbst rechtfertigen (vergl. §§ 990 Abs. 2, 993 Abs. 1, 931, 413, wo die Regeln über Verzug und Abtretung als selbstverständlich vorausgesetzt werden). Auf diesem Standpunkt steht auch die herrschende Meinung.[3]) Trotzdem muß bei jeder einzelnen Vorschrift geprüft werden, ob sich die Übertragung ins Sachenrecht mit ihrer Natur vereinbaren läßt. Diese Untersuchung ist auch bei § 281 anzustellen.

Zunächst müssen wir beachten, daß Schuldverhältnis und Anspruch nicht dasselbe sind. Sie verhalten sich zueinander wie Ursache zur Folge. Das Schuldverhältnis ist die Quelle,[4]) aus der der Anspruch entspringt. Sein Wegfall braucht nicht den Wegfall des Schuldverhältnisses zur Folge zu haben. Dieses bleibt bestehen und kann wieder neue Ansprüche hervorrufen.

Aber nicht nur einem Schuldverhältnis kann ein Anspruch entspringen. Er kann ebenso auf einem dinglichen Rechtsverhältnis beruhen und ist dann ein dinglicher.

Während das Schuldverhältnis Beziehungen von Person zu Person schafft, stellt das dingliche Rechtsverhältnis eine Beziehung von der Person zur Sache dar, ohne in der Regel wie jenes Träger von Ansprüchen zu sein. Erst wenn die dingliche Rechtsbeziehung gestört wird, entstehen auch hier Ansprüche, die von Person zu

---

[1]) *JW. 27, 1141 ff. und § 281 I 1 a bei Staudinger.*

[2]) *S. 22 ff.*

[3]) *Vergl. Nachweise in RG. 105 S. 88 und insbesondere bei Staudinger II 1 Einltg. I 3 b S. 12.*

[4]) *Kreß § 4, 3 S. 25.*

Person gehen. Dieser Fall tritt ein, wenn Eigentum und Besitz auseinanderfallen. Deren Vereinigung herbeizuführen, ist Aufgabe des Eigentumsherausgabeanspruches. Er steht damit rein im Dienste des Sachenrechts. Daß er seinem Ursprung nach von dem schuldrechtlichen Anspruch verschieden ist, wird allgemein anerkannt, dagegen ist lebhaft bestritten,[5]) ob er sich auch seinem Wesen und Inhalt nach von ihnen unterscheidet.

Zunächst steht das eine fest, daß auch für den Eigentumsherausgabeanspruch § 194 gilt,[6]) nämlich daß er das subjektives Recht ist, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu fordern. Damit ist aber bloß sein Rahmen bestimmt. Sein Inhalt und Wesen erschließen sich aus dem Charakter des Zieles, das er anstrebt. Er soll den tatsächlichen Zustand herbeiführen, der der dinglichen Rechtslage entspricht. Er soll die Störungsquelle beseitigen, die die Herrschaft des Berechtigten über die Sache hindert. Er hat also nur die Rechtsphäre des Berechtigten im[7]) Auge. Dagegen ist vom schuldrechtlichen Anspruch nur gesagt, daß er in einer Leistung besteht (§ 241). Diese Leistung kann verschiedenfachen Inhalt haben, während der Inhalt des dinglichen Anspruches fest bestimmt ist. Die schuldrechtlichen Ansprüche haben nicht das Verhältnis von Person zur Sache im Auge, sondern wollen zwischen zwei Vermögenssphären vermitteln, etwas der einen aus der anderen zuführen.[7]) Daraus ergibt sich für die Anwendung des § 281: Im Schuldrecht verfolgt der Uranspruch das Ziel, dem Gläubigervermögen etwas aus dem Schuldnervermögen zuzuführen. Demselben Zweck dient der Ersatzanspruch. Deswegen kann er ohne inneren Widerspruch an die Stelle des früheren treten, diesen ersetzen. Im Gegensatz dazu verträgt der Eigentumsherausgabeanspruch keinen Surrogatanspruch in dem Sinne, daß dieser, sachenrechtlich gesehen, dieselbe Aufgabe erfüllt, die er selbst anstrebt. Ein Ersatzanspruch ist hier begrifflich nicht denkbar.[8]) Schon aus diesem Grunde erscheint die Anwendung des § 281 auf den Eigentumsherausgabeanspruch unmöglich.

Ausschlaggebend für die ablehnende Stellungnahme ist aber ein anderer Gesichtspunkt. Wir knüpfen an die Feststellung an,

---

[5]) *Für Unterschied: Oertmann Bd. II, 1 S. 2. JRdsch. 31, 1. RGRK. § 242, 1. Langheineken S. 50. Staudinger 7., 8. Aufl. II, 1 Ziff. 3 S. 8 f. Keinen Unterschied sehen Staudinger 9. Aufl. II, 1 Einltg. I 3 b S. 12. Planck-Siber II, 1 Vorbem. II, 1 a. Dölle S. 26.*

[6]) *RGRK. § 194, 1.*

[7]) *v. Tuhr I S. 246 ff.*

[8]) *RG. 115, 34. Oertmann § 281, 8. JRdsch. 31, 1. A. A. Werner JW. 27, 1142.*

daß Schuldverhältnis und Anspruch zu trennen sind und § 281 auf dem Prinzip der Fortdauer des Schuldverhältnisses beruht. Die nachträglich eintretende Unmöglichkeit vernichtet zwar den Anspruch auf die Leistung, berührt aber das Schuldverhältnis in seinem Bestande nicht. Dieses äußert neue Wirkungen aus sich heraus. Daher vermag es den Ersatzanspruch zu erzeugen, was § 281 bestätigt.

Anders liegt der Fall beim Anspruch aus § 985. Durch Weggabe der Sache fällt auch hier der Anspruch gegen den Besitzer aus, aber nicht nur das; denn es bleibt keine die Beteiligten weiter bindende rechtliche Beziehung, die einen neuen Anspruch erzeugen könnte, bestehen. Es erlischt durch den Besitzverlust nicht nur der Herausgabeanspruch, sondern auch die dingliche Rechtsbeziehung zwischen Eigentümer und Besitzer. Denn auch diese beruhte auf der Tatsache des Besitzes und mußte daher mit diesem enden. Was bei § 281 das Schuldverhältnis ist, ist hier die Tatsache des Besitzes. Mit der Weitergabe der Sache entfällt hier anders als in § 281 die Grundlage, die die Beziehung zwischen den Beteiligten bildete. Der ehemalige Besitzer haftete nur solange auf Herausgabe der Sache, als er sie besaß und ist endgültig nachher freigeworden.[9]) Daher fehlt die Voraussetzung für die Anwendung des § 281 beim Anspruch aus § 985.

Daß § 281, der von der Unmöglichkeit der Leistung ausgeht, nicht beim Eigentumsherausgabeanspruch gelten kann, wird weiter deutlich, wenn man die Verschiedenheit der Rechtslage von der Unmöglichkeit her beleuchtet. Es stellt sich dann heraus, daß der Besitzer nicht frei wird wegen Unmöglichkeit der Anspruchserfüllung, sondern wegen Wegfalls der Anspruchsvoraussetzung. Der Anspruch gegen den Besitzer erlischt, wenn er den Besitz aufgibt oder verliert, ohne Rücksicht darauf, ob ihm die Leistung unmöglich geworden ist. Er wird frei, selbst wenn es ihm ein Leichtes wäre, sich die Sache wieder zu verschaffen. In einem solchen Falle liegt keine Unmöglichkeit vor. Das beweist deutlich, daß beim Anspruch nach § 985 von ihr abgesehen wird.

Der Anspruch auf die Herausgabe der Sache erlischt im Schuldrecht nicht nur subjektiv, sondern überhaupt. Der Gläubiger kann sie von niemand mehr verlangen. Anders nach § 985. Hier ist der Anspruch nur subjektiv, nur gegen den betreffenden Besitzer erloschen. Der Eigentümer kann die Herausgabeleistung von jedem späteren Besitzer fordern. Während nach Schuldrecht an die Stelle des ersten Anspruchs nur der Ersatzanspruch gegen denselben

[9]) *RG. 115, 32. Werner JW. 27, 1142. RGRK. § 281, 5; § 985, 5. A. A. Dölle S. 26.*

Schuldner tritt, erzeugt das dingliche Recht kraft seiner absoluten Natur einen neuen gleichwertigen Anspruch gegen den Besitznachfolger.[10])

Wegen dieser Verschiedenheit in der Rechtslage kann man nicht mit Dölle[11]) § 281 analog auf den Herausgabeanspruch anwenden. Denn die von ihm gesehene Gleichheit ist nicht vorhanden. Er findet sie darin, daß in beiden Fällen eine Primärverpflichtung vorliege und beide Male eine Befreiung davon eintrete. Wenn daher, so führte er aus, § 281 im Schuldrecht dem Gläubiger ein Anspruch auf den Ersatz gebe, so müsse das billigerweise auch beim Anspruch nach § 985 gelten.

Doch spricht dafür weder die Billigkeit, noch liegt dafür das geringste Bedürfnis vor. Die Ausdehnung auf § 985 läuft im Gegenteil dem Sinn des § 281 zuwider. Er will den persönlichen Gläubiger schützen, weil dieser sich nur an seinen Schuldner halten kann. Die Interessen des Eigentümers wahrt aber das dingliche Recht ohne Zuhilfenahme der Surrogation. Er kann sich an jeden Besitznachfolger halten.[12]) Sein Recht ist zudem besser als das des Gläubigers. Denn während der Gläubiger nur einen Ersatzanspruch erlangt, steht dem Eigentümer ein dem ersten Anspruch gleichwertiger zu.

Dölle geht bei seinem Vergleich vom Standpunkt des Schuldners aus, während es richtiger ist, die Lage vom Standpunkt des Gläubigers aus zu betrachten, da § 281 im Interesse des Gläubigers geschaffen ist. Wir finden dann, daß der Berechtigte in beiden Fällen einen Primäranspruch hat und diesen verliert, ebenso aber beide Male einen Sekundäranspruch erlangt. Daher fehlt das Bedürfnis für die Übertragung des § 281 auf den Eigentumsherausgabeanspruch.

Als Grund für die Ablehnung einer analogen Anwendung kann man aber nicht anführen, § 281 sei eine Ergänzungsvorschrift, die eine Lücke für den Fall der unvertretbaren Unmöglichkeit im Schuldrecht regele. Bei verschuldeter Unmöglichkeit reiche der Anspruch auf Schadensersatz aus. Im Sachenrecht würde diese Vorschrift einen Regelfall treffen. Daher verbietet die Systematik, § 281 auf den Herausgabeanspruch auszudehnen.[13])

Diese Ansicht verkennt die Bedeutung des § 281. Freilich mag er, solange er eng ausgelegt wurde, eine untergeordnete Rolle gespielt haben. Seitdem er aber vor allem auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb ausgedehnt wurde, steht er ebenbürtig neben den Vor-

---

[10]) *Oertmann JRdsch. 31, 1. Haymann S. 288 f.*
[11]) *S. 27.*
[12]) *Vergl. Fußnote* [10]).
[13]) *OLG. Hamburg 45, 124. JW. 26, 2775.*

schriften über dem Schadensersatz, ist er nicht nur geeignet, sie zu ergänzen, sondern auch sie zu verdrängen. Daher ist diese Argumentation nicht stichhaltig.

Auch auf den Fall ist § 281 nicht anwendbar, daß der Erstbesitzer die herauszugebende Sache an einen Zweitbesitzer verkauft hat und sie bei diesem untergeht. Dann verliert zwar der Eigentümer seinen Anspruch. Aber es besteht zwischen der Unmöglichkeit der Herausgabeleistung durch den Zweitbesitzer infolge des Besitzverlustes und der Erlangung des Ersatzes durch den Erstbesitzer kein adäquater Kausalzusammenhang.[14]) Daher kann der Eigentümer den Ersatz nicht von diesem herausverlangen.

Die Benutzung des § 281 beim Anspruch aus § 985 würde höchst untragbare Folgen haben. Wenn die Sache durch mehrere Hände gegangen ist, könnte der Eigentümer von jedem Besitzer den Kauferlös herausverlangen und so einen mehrfachen Ersatz erhalten.[15]) Denn Voraussetzung für seinen Anspruch ist nicht ein ihm entstandener Schaden. Ebenso könnte er dann vom Erstbesitzer den Erlös aus §§ 281, 985, vom Zweitbesitzer die Sache aus § 985 verlangen. In diesem Falle hätte der Erstbesitzer noch die Gewährleistungsansprüche des Zweitbesitzers aus § 440 Abs. 2 zu fürchten. Denn jener kann nicht, gestützt auf § 255, die Ersatzherausgabe von der Abtretung der Rechte aus dem Eigentum abhängig machen.[16]) § 255 gilt nur beim Schadensersatz. § 281 ist aber kein Anwendungsfall desselben. Der Sinn des § 281 kann unmöglich der sein, den Schuldner durch die Ersatzherausgabe schlechter zu stellen, als er stände bei Herausgabe der Sache selbst.

Die Heranziehung des § 281 ist zudem überflüssig. Denn in den genannten Fällen hilft dem Eigentümer § 816, sei es unmittelbar oder in Verbindung mit der Genehmigung nach §§ 185, 184.[17])

Ebensowenig ist eine Grundlage für den § 281 da, wenn der Anspruch gegen den mittelbaren Besitzer geht. Dieser Ansicht ist Werner.[18]) Er führt folgendes Beispiel an: Dem A. ist ein Ring gestohlen worden. B. kauft ihn gutgläubig und leiht ihn dem C. Dieser reist ins Ausland. Der Wiedererlangung des Ringes von C. stehen überobligationsmäßige Schwierigkeiten entgegen, die der Unmöglichkeit gleichzuachten sind. Werner glaubt hier, daß A. die Abtretung des Herausgabeanspruchs von B. verlangen könne aber er übersieht, daß zwischen der Erlangung des Herausgabeanspruches

[14]) *Oertmann JRdsch. 31 S. 3.*
[15]) *Haymann S. 290.*
[16]) *OLG. Köln Recht 26 Nr. 2417. A. A. Dölle S. 28.*
[17]) *RG. 105, 89.*
[18]) *JW. 27, 1143.*

durch B. und der Unmöglichkeit kein Kausalzusammenhang besteht. Ferner handelt es sich dem B. gegenüber nicht um einen Ersatzanspruch, sondern um den Hauptanspruch aus § 985. Denn diese Bestimmung gilt auch gegenüber dem mittelbaren Besitzer.[19])

§ 281 kann daher nicht in Verbindung mit § 985 gebracht werden.

Schluß.

Da wir uns die Aufgabe gestellt haben, die Voraussetzungen des Anspruchs aus § 281 zu behandeln, ist es nicht erforderlich, auf seine Natur und die daraus zu ziehenden Folgerungen ausführlich einzugehen.

Es genügt, wenn wir sein Wesen in den Hauptzügen herausstellen. Kleineidam[20]) und Titze[21]) sehen in ihm einen fertigen Anspruch.

Kisch[22]) ist der Ansicht, daß der Gläubiger vor Geltendmachung keinen Anspruch habe. Er habe nur die Befugnis, ihn durch seinen Willensakt hervorzubringen. Kisch hält also den Anspruch des Gläubigers für ein Gestaltungsrecht.

Man wird aber seit Langheineken[23]) mit Recht ihn als einen verhaltenen Anspruch bezeichnen dürfen. Dessen Wesen besteht darin, daß er wohl schon vor Geltendmachung existiert, daß der Schuldner aber den Gläubiger nicht ohne dessen Verlangen befriedigen kann. Die Fälligkeit des Anspruchs tritt erst mit der Geltendmachung ein.

Da der Ersatzanspruch auf dem ursprünglichen Schuldverhältnis beruht, gelten für ihn auch dieselben Vorschriften wie für den weggefallenen Anspruch. Das ist besonders zu beachten für die Frage der Haftung des Schuldners und der Verjährung.[24])

Die Untersuchung über die Anwendbarkeit des § 281 hat zu dem Ergebnis geführt, daß seine Natur zu einer ausdehnenden Auslegung drängt, daß es das Billigkeitsempfinden befriedigt und dem Wesen der Vorschrift nicht widerspricht, wenn man sie auch auf Tatbestände anwendet, von denen man bisher der Ansicht war, daß für sie diese Bestimmung nicht gelte.

---

[19]) *Staudinger § 985 II 2 c.*
[20]) *S. 118.*
[21]) *S. 114.*
[22]) *S. 212.*
[23]) *S. 101 ff.*
[24]) *Vergl. Planck-Siber § 281, 3, 5, 5 a.*

Lebenslauf.

Ich wurde am 15. Dezember 1906 als Sohn des Gasthausbesitzers Emil Schindler in Seitenberg, Grafschaft Glatz, geboren. Nach Besuch der Volksschule in Schreckendorf, Grafschaft Glatz, trat ich Ostern 1921 in die Quarta des Gymnasiums in Glatz ein. Am 25. Februar 1928 legte ich hier die Reifeprüfung ab. Das Sommersemester 1928 studierte ich in Innsbruck, die folgenden Semester in Breslau. Am 29. Februar 1932 bestand ich das Referendarexamen und trat darauf in den Vorbereitungsdienst als Gerichtsreferendar. Am 5. Juli 1933 bestand ich die juristische Doktorprüfung in Breslau.